

Réseau juridique canadien VIH/sida

REVUE VIH/SIDA, DROIT ET POLITIQUES

VOLUME 15, NUMÉRO 3, OCTOBRE 2011

***Bedford v. Canada* : une affaire paradigmatique visant à garantir les droits humains des travailleuses et travailleurs sexuels et leur droit à la santé**

Le Code criminel interdit certains aspects du travail sexuel : la tenue d'une maison de débauche, le fait de vivre des profits de la prostitution et la communication dans un lieu public aux fins de prostitution. Ces contraintes légales nuisent à la capacité des travailleuses et travailleurs sexuels d'exercer leur profession et de le faire sans risquer leur intégrité physique; elles affectent aussi leur autonomie personnelle et peuvent conduire à leur stigmatisation. *Bedford v. Canada* est une affaire phare, puisque les demandresses et les organismes ayant statut d'intervenants tentent de faire invalider des éléments du droit canadien qui entraînent particulièrement des risques pour la santé et les droits humains des travailleuses et travailleurs sexuels.

Le travail sexuel n'est pas illégal, au Canada. À l'inverse de ce que certaines personnes croient, il est légal d'échanger de l'argent contre des services sexuels. Le travail sexuel est une profession légitime que des individus choisissent comme source de revenus.

voir page 5



Canadian
HIV/AIDS
Legal
Network | Réseau
juridique
canadien
VIH/sida

Cette publication a été financée
en partie par l'Agence de la
santé publique du Canada.

Dans ce numéro

- | | |
|--|----|
| Un essai clinique révèle une importante réduction de la transmission du VIH grâce au traitement | 35 |
| La Commission mondiale sur les politiques sur les drogues déclare l'échec de la guerre à la drogue | 37 |
| Ontario — Un juge déclare que le VIH n'est plus une « condamnation automatique à mort » | 54 |
| La Cour européenne des droits de l'homme juge qu'un ressortissant étranger séropositif a été l'objet de discrimination | 62 |

Section spéciale

3^e Symposium sur le VIH, le droit et les droits de la personne

Un compte-rendu des séances au programme de « En cour pour le progrès », le 3^e Symposium sur le VIH, le droit et les droits de la personne, tenu en juin 2011, à Toronto. Voir la p. 71.



REVUE VIH/SIDA, DROIT ET POLITIQUES

publiée par le Réseau juridique canadien VIH/sida
1240 Bay Street, Suite 600
Toronto, Ontario
Canada M5R 2A7
Tél. : +1 (416) 595-1666
Télec. : +1 (416) 595-0094
Courriel : info@aidslaw.ca
www.aidslaw.ca

La *Revue VIH/sida, droit et politiques* offre des analyses et des sommaires de récents développements juridiques et des politiques, en lien avec le VIH/sida, afin de promouvoir l'éducation et l'échange d'information, d'idées et d'expériences, à l'échelle internationale. La soumission d'articles, de commentaires et de reportages est appréciée.

Directeur de la rédaction :
David Cozac, dcozac@aidslaw.ca

Rédactrice en chef, Développements au Canada :
Alison Symington, asymington@aidslaw.ca

Rédactrice en chef, Développements internationaux :
Cécile Kazatchkine, ckazatchkine@aidslaw.ca

Rédactrice en chef, Le VIH/sida devant les tribunaux — Canada :
Sandra Ka Hon Chu, schu@aidslaw.ca

Rédacteur en chef, Le VIH/sida devant les tribunaux — International :
Mikhail Golichenko, mgolichenko@aidslaw.ca

Coordonnateur : Vajdon Sohaili

Traducteurs : Roger Caron, Jean Dussault, Josée Dussault,
Johanne Forget, Rafael A. Wugalter

Mise en page : Liane Keightley

La liste des membres du comité éditorial de la *Revue VIH/sida, droit et politiques* est accessible à www.aidslaw.ca/revue.

© Réseau juridique canadien VIH/sida, 2011. Le Réseau encourage la diffusion de l'information contenue dans cette Revue et il permet d'en reproduire du matériel pour peu que l'origine et la source en soient mentionnées. La rédaction apprécierait que lui soit fourni un exemplaire des publications dans lesquelles des extraits de la Revue sont utilisés.

ISSN 1712-624X

Abonnements

La *Revue VIH/sida, droit et politiques* est publiée trois fois l'an. Pour s'abonner, écrire aux coordonnées ci-dessus.

Abonnement annuel :

Au Canada : 75,00 \$ CAN
International : 125,00 \$ US (à payer en devise US)

Numéros individuels et antérieurs :

Au Canada : 12,00 \$ CAN
International : 12,00 \$ US (à payer en devise US)

La *Revue* est publiée depuis 1994. Les numéros 1(1) à 5(2/3) sont parus sous le nom de *Bulletin canadien VIH/sida et droit*; et les numéros 5(4) à 9(2), sous le nom de *Revue canadienne VIH/sida et droit*.

Tous les numéros sont accessibles sur Internet via www.aidslaw.ca/revue

Pour information sur l'adhésion, écrire aux coordonnées ci-dessus ou visiter la page www.aidslaw.ca/devenezmembre

Cette publication a été financée en partie par l'Agence de la santé publique du Canada.

Les opinions exprimées dans cette publication relèvent uniquement de leurs auteurs/chercheurs et ne reflètent pas nécessairement les positions officielles des bailleurs de fonds ou du Réseau juridique canadien VIH/sida.

Au sujet du Réseau juridique canadien VIH/sida

Le Réseau juridique canadien VIH/sida (www.aidslaw.ca) œuvre à la promotion des droits humains des personnes vivant avec le VIH/sida ou vulnérables au VIH, au Canada et dans le monde, par ses travaux de recherche, d'analyse juridique et des politiques, d'éducation et de mobilisation communautaire. Le Réseau juridique est l'organisme chef de file au Canada sur les enjeux juridiques et de droits de la personne liés au VIH/sida.

Des commentaires?

Nous aimerions connaître vos idées et opinions. Les lettres à l'éditeur, les réactions à des articles publiés et les commentaires sur la formule de la Revue sont tous les bienvenus.

TABLE DES MATIÈRES

DOSSIERS

<i>Bedford v. Canada</i> : une affaire paradigmatique visant à garantir les droits humains des travailleuses et travailleurs sexuels et leur droit à la santé	1
Parcours de deux affaires — Prudence requise dans les poursuites pour non-divulgence de la séropositivité au VIH	16

DÉVELOPPEMENTS AU CANADA

Un blocage au Sénat déraile un projet de loi pour rectifier la loi du Canada sur l'accès à des médicaments génériques abordables pour les pays en développement	27
Ontario — Une étude documente des enjeux liés à l'accès et à la qualité des soins pour les femmes vivant avec le VIH ou vulnérables à l'infection	30
Des études confirment l'efficacité de la réduction des méfaits pour les personnes qui s'injectent des drogues	32
En bref	33
Colombie-Britannique — Introduction d'une loi sur le test forcé	
Modification de l'Allocation pour régime spécial en Ontario	

DÉVELOPPEMENTS INTERNATIONAUX

International — Un essai clinique révèle une importante réduction de la transmission du VIH grâce au traitement	35
International — La Commission mondiale sur les politiques sur les drogues déclare l'échec de la guerre à la drogue et incite à des réformes	37
ONU — Une Déclaration politique sur le VIH et le sida pour intensifier la riposte à l'épidémie	38
États-Unis — Une alliance de directeurs de programmes sur le VIH/sida critique les lois punitives à l'égard des personnes vivant avec le VIH	40
International — Une fédération de santé publie des directives éthiques sur la stérilisation féminine forcée	41
Ouganda — Le projet de loi anti-homosexualité échoue, pour le moment	42
France — Développements récents en matière d'immigration pour les personnes atteintes de maladies graves	43
En bref	45
L'ONU adopte une résolution historique pour protéger les droits des GLBT	
Royaume-Uni — Le gouvernement indemnise des détenus et ex-détenus pour de mauvais traitements	
Cambodge — Une nouvelle loi sévère sur les drogues pourrait multiplier les violations de droits humains	

.../4

LE VIH/SIDA DEVANT LES TRIBUNAUX — CANADA

La Cour fédérale statue que les personnes qui se trouvent au Canada contrairement aux lois sur l'immigration n'ont pas droit à l'assurance-maladie	47
Un tribunal ontarien statue qu'il n'existe aucun délit civil pour atteinte à la vie privée	49
Les tribunaux de l'Ontario réaffirment le droit à l'accès à la marijuana à des fins thérapeutiques	50
Un tribunal ontarien confirme un accord négocié dans un recours collectif portant sur l'utilisation de matériel non stérile dans un salon de tatouage	52
Les coûts de la marijuana d'un centre de compassion seront couverts	53
Droit criminel et transmission du VIH ou exposition	54

LE VIH/SIDA DEVANT LES TRIBUNAUX — INTERNATIONAL

Russie — La Cour européenne des droits de l'homme juge qu'un ressortissant étranger séropositif a été l'objet de discrimination	60
L'engagement « anti-prostitution » du gouvernement états-unien est jugé inconstitutionnel	62
Russie — Une cour de district confirme l'interdiction légale du traitement de substitution aux opiacés	63
Inde — La Haute Cour statue que la peine de mort obligatoire pour des crimes liés à la drogue est inconstitutionnelle	65
Irlande — L'ombudsman de la presse blâme un journal pour avoir fomenté de la haine à l'égard des personnes qui font usage de drogue	66
Afrique du Sud — Le président de l'aile jeunesse de l'ANC formule des excuses après avoir été déclaré coupable d'avoir tenu des propos haineux	67
Droit criminel et transmission du VIH ou exposition	68

TROISIÈME SYMPOSIUM SUR LE VIH, LE DROIT ET LES DROITS DE LA PERSONNE

Introduction	71
Panel — Perspectives d'avocats sur le recours stratégique aux tribunaux	73
Panel — Perspectives d'activistes communautaires sur le recours stratégique aux tribunaux	78
Atelier — Fuites en ligne : La confidentialité des renseignements de santé à l'ère de l'information électronique	83
Atelier — Le VIH et les médias	86

Bedford v. Canada : une affaire paradigmatique visant à garantir les droits humains des travailleuses et travailleurs sexuels et leur droit à la santé

de la page 1

C'est aussi une forme de travail fortement politisée, qui implique nécessairement l'intégrité physique d'une personne. En plaçant des contrôles d'ordre criminel sur la manière dont les travailleuses et travailleurs sexuels exercent leur travail, l'État canadien limite le droit de ceux-ci de prendre des décisions fondamentales à propos de leur propre corps, de leur sexualité et de leurs relations personnelles.

Les associations POWER (Prostitués-es d'Ottawa/Gatineau travaillent, éduquent et résistent) et Maggie's (Toronto Sex Workers' Action Project) ont décidé de se faire intervenants dans l'appel relatif à *Bedford v. Canada*,¹ car elles considèrent que les travailleuses et travailleurs sexuels devraient bénéficier des mêmes droits de la personne, des mêmes droits en matière de travail et de santé, ainsi qu'à la dignité et à l'autonomie, que les autres travailleurs et travailleuses canadiens. Par leur intervention, les organismes visaient à souligner les implications des dispositions contestées du Code criminel, en ce qui touche l'autonomie personnelle et les droits à l'égalité des communautés qui pratiquent le travail sexuel.

Le Code criminel canadien interdit actuellement certains aspects du travail sexuel en prohibant entre autres la tenue d'une maison de débauche

(art. 210), le fait de vivre des profits de la prostitution (alinéa 212(1)(j)); et la communication dans un lieu public aux fins de se livrer à la prostitution (alinéa 213(1)(c)).² Ces dispositions affectent la capacité des travailleuses et travailleurs sexuels de contrôler leur milieu de travail, de procéder à des communications essentielles avec des clients potentiels et avérés, et d'avoir des relations utiles à leur travail sexuel.

Par exemple, l'art. 210 vise à réduire les supposées nuisances associées aux maisons closes, mais le phrasé de l'article englobe tout espace où une ou plusieurs personnes s'adonnent régulièrement au travail sexuel.³ Il a été interprété comme incluant des lieux comme les garages et terrains de stationnement, de même que les chambres d'hôtel où un travailleur sexuel est allé deux fois pour travailler. Afin d'éviter des poursuites en vertu de l'art. 210, la plupart des travailleuses et travailleurs sexuels renoncent à travailler dans des lieux familiers, comme leur logis, qui pourraient alors être considérés comme une maison de débauche en cas d'utilisation régulière.

De la même manière, l'alinéa 212(1)(j) stipule que tout individu qui vit, entièrement ou en partie, des profits de la prostitution d'une autre personne est coupable d'une infraction criminelle. La disposition a

été interprétée comme s'appliquant à une variété de relations où quelqu'un est considéré comme ayant un intérêt financier dans le travail sexuel d'une autre personne. En conséquence, toute personne embauchée par un travailleur sexuel pour l'assister dans son travail risque d'être poursuivie en vertu de cette disposition. Ceci inclut un réceptionniste ou un gérant qui aiderait des travailleuses et travailleurs sexuels en prenant des rendez-vous ou en faisant un tri parmi des clients, de même qu'un garde du corps ou un chauffeur qui accompagnerait une travailleuse sexuelle à un rendez-vous. Il existe également un risque qu'un partenaire de vie qui cohabite avec une travailleuse sexuelle soit considéré comme détenant un intérêt financier dans son travail et soit par conséquent accusé de vivre des produits de la prostitution.

L'alinéa 213(c) interdit la communication entre individus, dans le but de s'adonner à la prostitution, en tentant de communiquer ou « de quelque manière de ce soit » dans un endroit public ou situé à la vue du public. Cette disposition pourrait être interprétée comme empêchant les travailleuses et travailleurs sexuels de prendre des mesures élémentaires de sécurité professionnelle, comme le tri des clients afin d'évaluer leur degré d'intoxication, ou l'obtention

de renseignements personnels auprès de leurs clients. L'interdiction de communiquer à la vue du public peut conduire des travailleuses et travailleurs sexuels qui travaillent à l'extérieur à se rendre dans des endroits plus isolés et dangereux, pour éviter d'être arrêtés. Ceux qui exercent leur travail en lieu clos sont aussi limités par cette disposition puisque plusieurs des lieux où ils interagissent initialement avec les clients pourraient être considérés comme publics (p. ex. des ascenseurs, des corridors, et, potentiellement, l'Internet).

Ces dispositions du Code criminel sont présentement contestées en raison de leurs effets néfastes sur le droit à la vie et à la liberté de la personne, relativement aux travailleuses et travailleurs sexuels, en vertu de l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés. De plus, POWER et Maggie's sont d'avis que les intérêts des travailleuses et travailleurs sexuels en matière d'autonomie personnelle sont affectés, puisque les dispositions les empêchent de parler de leurs activités sexuelles, d'exercer un contrôle légitime sur leurs corps et de faire des choix à propos de leurs relations personnelles. Ces mêmes travailleuses et travailleurs sexuels font souvent partie de communautés auxquelles les protections de l'article 15 de la Charte s'appliquent, car ce sont notamment des femmes, des hommes qui ont des rapports sexuels avec des hommes, des gais ou bisexuels, des personnes de minorités raciales, d'ascendance autochtone, ou encore des personnes transgenre ou transsexuelles.

Les dispositions du Code criminel assujettissent les travailleuses et travailleurs sexuels à un traitement néfaste et différentiel qui exacerbe

les préjugés et désavantages qu'ils rencontrent déjà en raison de leur appartenance à ces groupes. En criminalisant le travail sexuel et en exposant les personnes qui le pratiquent à un risque accru, les dispositions véhiculent le message que le travail sexuel n'a pas de valeur. De fait, le message est que les travailleuses et travailleurs sexuels eux-mêmes — leur dignité, leur autonomie, leur sécurité, voire leur vie — sont sans valeur.

Récit des audiences dans *Bedford*

En 2007, Terri Jean Bedford, Amy Lebovitch et Valerie Scott ont intenté une contestation de la constitutionnalité de trois dispositions du Code criminel, alléguant que les éléments contestés portaient atteinte à leurs droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, garantis par l'article 7 de la Charte, en empêchant les travailleuses et travailleurs sexuels de prendre des mesures pour se protéger dans le cadre de leur travail. Le procureur général de l'Ontario et une coalition formée de la Christian Legal Fellowship, de REAL Women of Canada et de la Catholic Civil Rights League sont intervenus au soutien de la position du gouvernement fédéral, en vertu de laquelle abolir les prohibitions pénales n'entraînerait pas des conditions de travail plus sûres parce que, selon lui, le travail est intrinsèquement risqué et dangereux. La demande déposée comportait plus de 25 000 pages de témoignages, en 88 volumes, et incluait des témoins qui exerçaient ou avaient déjà exercé le travail sexuel, des agents de police, des experts en sciences sociales, des politiciens, des travailleurs sociaux et d'autres défenseurs des intérêts des travailleuses et travailleurs sexuels.

La juge Susan Himel a présidé l'audience en octobre 2009.

Le 28 septembre 2010, la juge Himel a rendu son verdict en faveur des demanderesse. Elle a conclu que les trois dispositions du Code criminel portaient atteinte aux droits garantis aux travailleuses et travailleurs sexuels par l'article 7, en rendant illégales des méthodes propices à rehausser leur sécurité. En particulier, elle a conclu que l'article 210 empêche les travailleuses et travailleurs sexuels de travailler à la maison, lieu le plus sécuritaire pour exercer leur travail; que l'alinéa 212(1)(j) les empêche de prendre des mesures pour se protéger, comme embaucher un assistant ou un garde du corps; et que l'alinéa 213(1)(c) empêche les travailleuses et travailleurs sexuels de la rue de trier leurs clients lors des premiers contacts, et que cela les expose à un risque accru de violence. À la question de savoir si ces privations étaient conformes aux principes de justice fondamentale, elle a conclu que les dispositions étaient arbitraires, indûment générales et disproportionnées.

Les demanderesse contestaient aussi l'alinéa 213(1)(c) comme portant atteinte au droit à la liberté d'expression, qui est garanti par l'alinéa 2(b) de la Charte. La juge Himel leur a donné raison, en concluant que « l'expression visant à préserver l'intégrité physique et psychologique des individus est aussi au centre de la garantie constitutionnelle » [trad.] (de la liberté d'expression).⁴

Vu la lourdeur des préjudices qui en découlent, pour les travailleuses et travailleurs sexuels, la juge Himel a déclaré que les dispositions seraient invalidées dès 30 jours après son verdict. Un sursis d'exécution du jugement est en vigueur, dans l'attente de

la conclusion de l'appel. Cela signifie qu'en dépit du verdict d'inconstitutionnalité, les lois contestées demeurent en vigueur pour le moment.

La criminalisation du travail sexuel véhicule le message qu'il ne vaut rien, de même que les personnes qui l'exercent.

Le procureur général fédéral et son homologue provincial ont tous deux porté en appel la décision de la juge Himel, en alléguant notamment qu'il n'y avait pas de lien causal entre les dispositions visées et les préjudices que subissent les travailleuses et travailleurs sexuels de la part de tiers, dans le cadre de leur travail. De fait, le procureur général du Canada a affirmé que les préjudices des travailleuses et travailleurs sexuels viennent de leur « consommation de drogue, de leur possibilité d'adaptation et de la violence inhérente à toute prostitution » [trad.].⁵ Les deux gouvernements ont aussi affirmé que, par ailleurs, tout préjudice pouvant découler des lois est dépassé en importance par les buts de la loi, qui incluent, d'après le procureur général du Canada, la prévention de la dégradation des femmes et des enfants.⁶

Les deux procureurs généraux ont de plus affirmé que la garantie de l'article 7 ne s'applique pas au travail sexuel puisqu'il n'y a pas de protection constitutionnelle des inté-

rêts « économiques ». D'après eux, les dispositions concernées du Code criminel n'entravent pas les droits des travailleuses et travailleurs sexuels à prendre des décisions fondamentales relatives à leur vie, mais simplement leur choix d'une certaine avenue de travail.⁷

L'appel a été entendu par un panel de cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario, du 13 au 17 juin 2011. Un grand nombre de groupes intéressés y ont pris part à titre d'intervenants en appel. La Christian Legal Fellowship, la Ligue catholique pour les droits de l'homme, et REAL Women sont intervenus en faveur du maintien de la criminalisation du travail sexuel. Une coalition de groupes de femmes, qui a choisi le nom de Coalition des femmes pour l'abolition de la prostitution, et dont faisaient partie l'Association canadienne des centres contre le viol, l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry, la Vancouver Rape Relief Society et l'Association des femmes autochtones du Canada, est intervenue pour faire valoir la position que le travail sexuel devrait être criminalisé de manière asymétrique, prévoyant des sanctions pénales pour les clients et gestionnaires, mais pas pour les travailleuses et travailleurs sexuels.⁸ Les autres intervenants appuient la décriminalisation du travail sexuel : la PACE Society, les Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence, le Réseau juridique canadien VIH/sida et le B.C. Centre for Excellence on HIV/AIDS; l'Association canadienne des libertés civiles; de même que POWER et Maggie's.

L'intervention de POWER et Maggie's

POWER et Maggie's, deux organismes dirigés par des travailleuses

et travailleurs sexuels,⁹ sont fermement d'avis que la criminalisation de facettes du travail sexuel conduit à la violence et à la stigmatisation à l'encontre d'hommes et femmes qui exercent ce travail, et que rien n'est intrinsèquement dégradant dans le travail sexuel.

Les deux regroupements se sont vu reconnaître le statut d'intervenants dans une motion devant le j. O'Conner, le 11 mars, pour leur intérêt dans l'affaire, leur expertise ainsi que l'importance des points de vue qu'ils ont proposé de soulever.¹⁰ D'importance, Maggie's et POWER ont été les seuls intervenants à affirmer que le travail sexuel constituait une occupation valide et digne. Ils ont aussi allégué que les dispositions contestées ont un effet particulièrement néfaste sur les travailleuses et travailleurs sexuels qui peuvent être aux prises avec une combinaison de désavantages fondés sur le sexe, l'identité de genre, l'orientation sexuelle, la race, l'ascendance autochtone et/ou la classe.

POWER et Maggie's considèrent que les lois contestées nuisent non seulement à la sécurité des travailleuses et travailleurs sexuels, mais aussi à leur autonomie personnelle — le fondement de cette position étant que plusieurs personnes choisissent, volontairement, d'exercer le travail sexuel. La décision d'un individu de faire ce travail est un choix qui concerne son corps, sa sexualité, avec qui il a des rapports sexuels et à quelles conditions. POWER et Maggie's affirment qu'il s'agit de décisions protégées par l'aspect de la liberté et de la sécurité de la personne dans l'art. 7. Comme l'a affirmé la Cour suprême dans *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, l'article 7 protège « le droit de faire des

choix concernant sa propre personne, le contrôle sur sa propre intégrité physique et mentale, et la dignité humaine fondamentale ».¹¹

L'autonomie personnelle, que protège la Charte, n'englobe pas tout type de décision qu'un individu pourrait prendre dans sa vie. Néanmoins, elle comprend les décisions sur des « sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d'essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles. »¹² POWER et Maggie's considèrent que cela inclut la décision de pratiquer le travail sexuel ainsi que plusieurs des décisions que les travailleuses et travailleurs sexuels prennent dans le cadre de leur occupation. Ce qui est en cause n'est rien de moins que le droit de choisir et de préciser les termes des interactions sexuelles, pour l'individu.

Les intérêts d'autonomie personnelle des travailleuses et travailleurs sexuels sont particulièrement brimés par l'art. 213(1)(c), qui leur interdit de communiquer dans un endroit public aux fins de se livrer à la prostitution. Cela les empêche, concrètement, de négocier les termes de leurs interactions avec les clients dans la relative sécurité d'endroits publics. Ils ne peuvent pas informer leurs clients des services sexuels qu'ils offrent ou pas, tant qu'ils ne sont pas hors des lieux publics et à l'abri de la vue du public, et alors le travailleur sexuel devient plus vulnérable à la violence.

Les deux paliers de gouvernements et la Coalition pour l'abolition de la prostitution ont décrit les travailleuses et travailleurs sexuels

comme des victimes qui sont forcées à un comportement où la violence et la dégradation sont inhérentes. POWER et Maggie's sont plutôt d'avis que, loin d'être dégradant, le travail sexuel peut être un choix affirmatif pour les personnes qui l'exercent. Il peut contribuer à rétablir un sentiment d'autonomie, pour des personnes qui ont été aux prises avec certaines formes d'oppression. Il peut donner du pouvoir à des femmes, en leur apportant une sécurité financière et en leur permettant « le développement d'alliances entre femmes, l'intégrité physique et l'autodétermination en matière sexuelle » [trad.].¹³ Par ailleurs, certains membres des communautés gaie et transgenre, dont la sexualité et l'expression de genre sont dans plusieurs cas marginalisées, trouvent que le travail sexuel les aide à accepter leur sexualité et leur expression de genre.¹⁴ Passer outre à de telles expériences dénote une attitude paternaliste qui est en conflit avec les valeurs de la Charte. Le sentiment de dignité de chaque individu est conditionné par son expérience distincte.

POWER et Maggie's reconnaissent que certains peuvent être sous l'effet de coercition, que certains choisissent le travail sexuel parmi une gamme limitée de possibilités, et que certains s'orienteraient autrement s'ils en avaient la possibilité. Cependant, ces expériences ne réduisent pas l'intérêt d'autonomie personnelle qui est inhérent à la décision d'un individu d'exercer le travail sexuel. Le travail sexuel s'apparente, à cet égard, à l'avortement. Le choix d'une femme de se faire avorter ou non relève fondamentalement de la sphère personnelle qui englobe l'élément de l'autonomie personnelle protégée par l'article 7, même si

certaines femmes peuvent être forcées ou poussées à se faire avorter. Certaines femmes renoncent à l'avortement pour des raisons morales ou religieuses, et certaines le choisissent et le regrettent par la suite.

Ce qui est en cause n'est rien de moins que le droit de choisir et de préciser les termes des interactions sexuelles, pour l'individu.

Ce que l'analogie de l'avortement démontre est le fait que l'article 7 protège la capacité de l'être humain de prendre des décisions à propos de son propre corps même si — voire en particulier — lorsque le choix en question s'avère difficile ou complexe. Comme l'a écrit la j. Wilson dans *R. c. Morgentaler* :

La question devient alors de savoir si la décision que prend une femme d'interrompre sa grossesse relève de cette catégorie de décisions protégées. Je n'ai pas de doute que ce soit le cas. Cette décision aura des conséquences psychologiques, économiques et sociales profondes pour la femme enceinte. Les circonstances qui y mènent peuvent être compliquées et multiples et il peut y avoir, comme c'est généralement le cas, des considérations puissantes en faveur de décisions opposées. C'est une décision qui reflète profondément l'opinion qu'une femme a d'elle-même, ses rapports avec les autres et avec la société en

général. Ce n'est pas seulement une décision d'ordre médical; elle est aussi profondément d'ordre social et éthique. La réponse qu'elle y donne sera la réponse de tout son être.¹⁵

POWER et Maggie's ne sont pas d'accord avec l'affirmation des procureurs généraux, voulant que la violence et la dégradation que vivent certains travailleurs sexuels fassent partie intégrante du travail sexuel. De fait, une part importante de la violence et de la dégradation que rencontrent certains d'entre eux est attribuable aux lois contestées, qui criminalisent les moyens qu'ils pourraient prendre pour se protéger, et qui perpétuent le stigmate même qui fait des travailleuses et travailleurs sexuels des cibles pour des prédateurs.¹⁶

Les articles contestés limitent aussi l'accès à la justice, en cas de crimes violents, chez les travailleuses et travailleurs sexuels. Ceux-ci sont réticents à signaler à la police des crimes contre eux ou d'autres, « par crainte d'être arrêtés ou de subir d'autres conséquences, comme la perte de la garde de leurs enfants, de leur emploi légal, ou la stigmatisation pour avoir été déclaré coupable d'activité liée à la prostitution » [trad.].¹⁷ Il est essentiel de comprendre comment le stigmate à l'encontre des travailleuses et travailleurs sexuels exacerbe la violence et la dégradation qu'ils rencontrent dans le cadre de leur travail, et de reconnaître que ce stigmate les affecte tous, peu importe s'ils travaillent à l'intérieur, dans des hôtels de classe à Toronto, ou dehors, dans les rues du Downtown Eastside de Vancouver.

À l'opposé de ce qu'ont affirmé les procureurs généraux, le travail sexuel ne peut pas être considéré uniquement comme une « activité

économique »¹⁸ ou un « choix de moyen de subsistance » [trad.].¹⁹ Les gouvernements affirment que les travailleuses et travailleurs sexuels ne devraient pas faire appel aux protections de la Charte alors qu'ils peuvent tout simplement choisir une autre occupation. Ce point de vue passe outre aux intérêts non pécuniaires qui sont en cause dans le travail sexuel. Le fait que des intérêts économiques puissent être en jeu ne signifie pas que les intérêts d'autonomie personnelle en cause dans le travail sexuel peuvent être laissés pour compte.²⁰

Les articles contestés limitent aussi l'accès des travailleuses et travailleurs sexuels à la justice.

Le débat entourant le travail sexuel, tant sur la place publique qu'en cour, démontre que les gens ont des points de vue mitigés à ce sujet. Cependant, l'autonomie garantie par l'article 7 de la Charte ne fait pas de distinction entre des choix approuvés par l'État et d'autres qui peuvent être impopulaires. Chaque individu a la liberté de faire ses propres choix, quoi qu'il lui arrive en conséquence.²¹ Comme l'a affirmé la j. Wilson dans l'arrêt *Morgentaler*, « la liberté dans une société libre et démocratique n'oblige pas l'État à approuver les décisions personnelles de ses citoyens; elle l'oblige cependant à les respecter ».²²

Les relations personnelles et le bien-être

Les lois contestées empêchent aussi que les travailleuses et travailleurs sexuels prennent des décisions personnelles à propos de leurs relations, de leur santé et de leur bien-être. Par exemple, une travailleuse sexuelle pourrait hésiter à commencer une relation personnelle, ou à dévoiler une telle relation à des membres de la famille, des voisins ou une agence de service, en raison de la possibilité que son partenaire soit signalé à la police comme étant bénéficiaire de revenus de prostitution, ou comme étant un « proxénète » et poursuivi en vertu de l'alinéa 212(1)(j).²³ Des relations de soutien qui rehausseraient la sécurité et la dignité d'une travailleuse sexuelle, par exemple avec une collègue qui pourrait mettre à sa disposition un lieu sûr pour travailler, ou une autre forme de soutien, ou du mentorat, pourraient aussi être affectées par l'application de l'alinéa 212(1)(j).

La décision des travailleuses et travailleurs sexuels de recourir à des services sociaux et de santé est entravée par des craintes légitimes d'être signalés à la police ou aux instances de protection de la jeunesse, si tout simplement ils dévoilent leur occupation.²⁴ En dépit de l'objectif affirmé de la loi, de dissuader le travail sexuel, les dispositions contestées du Code criminel rendent plus difficile aux travailleuses et travailleurs sexuels de décider d'opter pour un autre emploi. Plusieurs auront un casier judiciaire qui les empêchera de se réorienter vers d'autres secteurs d'emploi.²⁵

Les dispositions contestées imposent un filet large — et contraignant — autour des vies de tous les

travailleuses et travailleurs sexuels. Cependant, des questionnements ont été exprimés, lors des audiences, à savoir si les travailleuses et travailleurs sexuels de la rue bénéficieraient de la décriminalisation au même degré que ceux qui exercent leur travail à l'intérieur. POWER et Maggie's sont d'avis que les droits de tous les travailleuses et travailleurs sexuels, quel que soit leur lieu de travail, sont enfreints par les dispositions contestées. Si l'article 210 (maisons de débauche) est invalidé, les travailleuses et travailleurs sexuels ne voudront pas tous travailler à l'intérieur pour autant. Certains préfèrent la rue, qui correspond souvent à une situation de travail où les coûts sont moindres que ceux d'une chambre d'hôtel; d'autres ont accès à un logis, ou à un lieu fourni par une tierce personne, et où ils peuvent travailler. Pour ceux-là, l'abolition de l'article 213 leur permettrait de communiquer en toute légalité avec les clients, à propos des termes de leur travail, dans la relative sécurité d'un lieu public.

La Coalition des femmes pour l'abolition de la prostitution a proposé une approche asymétrique où les clients, employés et gestionnaires du travail sexuel demeureraient criminalisés, mais où les travailleuses et travailleurs sexuels — appelés « personnes prostituées », par la Coalition — ne seraient plus ciblés par la loi. POWER et Maggie's s'opposent à une approche asymétrique, parce que les risques pour les travailleuses et travailleurs sexuels ne seraient ni éliminés, ni atténués : les travailleuses et travailleurs sexuels n'auraient toujours pas la capacité de trier leurs clients puisque, pour ceux-ci, il demeurerait illégal de s'adonner à ces communications. Par ailleurs, les

travailleuses et travailleurs sexuels n'auraient toujours pas la possibilité de travailler à l'intérieur puisque l'article sur les maisons de débauche s'appliquerait encore aux clients et aux autres personnes sur les lieux. En outre, les travailleuses et travailleurs sexuels ne pourraient toujours pas embaucher de garde du corps ou de chauffeur puisque ces personnes seraient encore visées par la disposition qui interdit de vivre des produits de la prostitution.

La criminalisation du travail sexuel et la santé sexuelle

La criminalisation de certains aspects du travail sexuel affecte aussi l'élément de la sécurité de la personne inclus dans l'art. 7 de la Charte, en affectant la capacité des travailleuses et travailleurs sexuels de prendre certaines mesures pour voir à leur santé sexuelle et pour éviter la transmission du VIH. Les travailleuses et travailleurs sexuels de tous les secteurs de l'industrie sont réputés pour leur recours au sécurisexe, et sont enclins à se protéger et à protéger leurs clients, en ce qui concerne les infections transmissibles sexuellement (ITS) et le VIH.²⁶ Or les dispositions contestées nuisent à la capacité des travailleuses et travailleurs sexuels de réduire leurs risques devant le VIH et les ITS, car elles criminalisent les moyens de négocier le sécurisexe et de choisir leurs clients, en plus de réduire leur accès à des services de santé sexuelle et leur capacité de garder librement sur eux des condoms.

L'alinéa 213(1)(c) du Code criminel, qui interdit de communiquer aux fins de se livrer à la prostitution, inclut la communication nécessaire à négocier et à s'entendre sur la pratique du sécurisexe. Des travailleuses

et travailleurs sexuels ont décrit comment ils hésitent à négocier des accords pour l'usage du condom, lorsqu'ils sont pressés de se rendre dans un lieu privé, en raison du risque que pose l'alinéa 213(1)(c),²⁷ puisque le fait de discuter de sécurisexe serait considéré comme un genre de communication proscrit en vertu de l'art. 213.

Le fait d'interdire aux travailleuses et travailleurs sexuels de travailler dans des lieux à l'intérieur affecte aussi leurs possibilités de prendre soin de leur santé sexuelle. Le fait de travailler à l'intérieur offre non seulement un milieu de travail plus sécuritaire et le temps voulu pour négocier le sécurisexe : les bordels et organismes peuvent établir et appliquer des procédures en matière d'usage du condom et de sécurisexe.²⁸ En effet, des travailleuses et travailleurs sexuels à l'emploi de bordels dotés de politiques fermes à propos du condom seraient mieux placés pour dire non aux clients qui refusent le condom, vu le soutien de l'établissement et des autres qui y travaillent. Les bordels sont un contexte plus propice à examiner si le client a des plaies ou d'autres signes d'ITS.²⁹

Les dispositions de l'art. 210, concernant les maisons de débauche, poussent les travailleurs dehors et souvent dans un lieu isolé, où ils ne peuvent bénéficier de pratiques instaurées en ce qui a trait au sécurisexe. L'art. 212(1)(j) (qui interdit de vivre de produits de la prostitution) entre en jeu lorsqu'un tiers, possiblement aussi rattaché à un bordel, aide un travailleur à faire un choix de client ou à pratiquer le sécurisexe.

La criminalisation du travail sexuel peut aussi rendre problématique la simple possession de condoms, pour les travailleuses et travailleurs

sexuels. Dans plusieurs cas, la police nuit à la possibilité des travailleuses et travailleurs sexuels de pratiquer le sécurisexe, lorsqu'elle confisque les condoms ou utilise la possession de ceux-ci comme une preuve d'activité illégale.³⁰ Des témoignages en cour, référant au commerce du sexe en Nouvelle-Zélande, ont inclus des commentaires de travailleuses et travailleurs sexuels à l'effet que, depuis la décriminalisation dans ce pays, ils peuvent être en possession de condoms et de lubrifiant alors qu'ils craignaient auparavant que cela ne soit utilisé contre eux comme preuve pour appuyer des accusations.³¹

La criminalisation de certains aspects du travail sexuel réduit la capacité des travailleuses et travailleurs sexuels de prévenir la transmission du VIH.

L'accès à des services de santé adéquats et exempts de préjugés est essentiel à la santé de toute personne sexuellement active. L'accès à des programmes de tests d'ITS, y compris le VIH, de même qu'à l'éducation, aux traitements, et aux mesures pour pratiquer le sécurisexe, est d'une pertinence particulière pour la profession du travail sexuel. Des témoignages présentés à la juge Himel ont signalé comment la décriminalisation du travail sexuel permet

à des intervenants en matière de santé sexuelle de joindre les bordels et d'autres lieux de travail sexuel.³² À l'heure actuelle, l'illégalité et la clandestinité des travailleuses et travailleurs sexuels créent une énorme lacune dans les services de santé sexuelle pour cette population.

De plus, la criminalisation du travail sexuel réduit gravement l'accès des travailleuses et travailleurs sexuels aux services de santé dont ils ont besoin, à cause de la stigmatisation. Vu la crainte bien fondée d'être jugés, les travailleuses et travailleurs sexuels peuvent être réticents à dévoiler à leurs fournisseurs de soins de l'information pertinente, ce qui risque de faire en sorte que leurs soins ne soient pas adéquats.³³ La peur d'être jugés et d'être traités inadéquatement par des professionnels de la santé peut même faire en sorte que des travailleuses et travailleurs sexuels ne recourent carrément pas à des services de santé sexuelle.

Le travail sexuel et l'égalité

Il est depuis longtemps reconnu que les droits protégés par la Charte n'existent pas en vase clos, mais plutôt s'influencent et se renforcent mutuellement.³⁴ POWER et Maggie's considèrent que les principes d'égalité édictés par l'art. 15 doivent être pris en compte dans l'interprétation de la portée et de la teneur des violations de l'art. 7. Comme l'a écrit la j. L'Heureux-Dubé dans *Nouveau-Brunswick (ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)* :

Tous les droits garantis par la *Charte* se renforcent et s'appuient mutuellement (voir, par exemple, *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 326; *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951,

à la p. 976), et l'art. 15 joue un rôle particulièrement important dans ce processus. Le prisme interprétatif que constitue la garantie d'égalité doit donc guider l'interprétation des autres droits garantis par la Constitution, s'il y a lieu, et j'estime que les principes d'égalité, garantis tant par l'art. 15 que par l'art. 28, influencent l'interprétation de la portée de la protection offerte par l'art. 7.

[...]

Par conséquent, lorsqu'on examine les droits garantis par l'art. 7 en cause ainsi que les principes de justice fondamentale qui s'appliquent dans ce cas, il est important de s'assurer que l'analyse tienne compte des principes et des objets de la garantie d'égalité en favorisant le bénéfice égal de la protection de la loi et en s'assurant que la loi réponde aux besoins des personnes et des groupes défavorisés que l'art. 15 vise à protéger. Les droits garantis par l'art. 7 doivent être interprétés à travers le prisme des art. 15 et 28 afin que l'importance d'une interprétation de la Constitution qui tienne compte des réalités et des besoins de tous les membres de la société soit reconnue.³⁵

Cette affaire met en cause des enjeux qui concernent l'égalité, puisque la plupart des travailleuses et travailleurs sexuels se trouvent dans des catégories de personnes désavantagées en raison de motifs énumérés ou analogues en vertu de l'art. 15 de la Charte. En particulier, ils sont en majorité des femmes,³⁶ et dans la plupart des cas les hommes qui pratiquent le travail du sexe sont gais ou bissexuels,³⁷ ou aux prises avec l'homophobie parce que considérés comme étant gais.³⁸ Les preuves présentées à la Cour supérieure démontrent que de nombreuses travailleuses et travailleurs sexuels de la rue appartiennent à une minorité ethnique,³⁹

ont une ascendance autochtone⁴⁰ ou sont des personnes transsexuelles ou transgenre.⁴¹ POWER et Maggie's travaillent auprès d'un bassin diversifié de travailleuses et travailleurs sexuels, et leurs membres sont aux prises avec la discrimination fondée sur ces motifs. De plus, des travailleuses et travailleurs sexuels présentent des désavantages combinés — ils sont désavantagés sur plus d'un plan. Les travailleuses et travailleurs sexuels sont confrontés précisément aux formes de préjugés et de désavantages que l'article 15 de la Charte vise à rectifier.

Les travailleuses et travailleurs sexuels sont confrontés précisément aux formes de préjugés et de désavantages que la Charte vise à rectifier.

Bien que les principes d'égalité devraient entrer en ligne de compte dans tous les aspects de l'analyse de l'article 7, l'égalité est en soi un « principe de justice fondamentale » que doit respecter toute mesure qui entrave le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne, afin d'être conforme à l'article 7. Comme l'a écrit la j. Wilson, « une atteinte au droit conféré par l'art. 7 qui a pour effet d'enfreindre un droit que garantit par ailleurs la *Charte* ne saurait être conforme aux principes de justice fondamentale ».⁴² Faisant aussi ce lien, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu

que « les droits à l'égalité découlant de l'art. 15 sont des principes de justice fondamentale » [trad.].⁴³

Un principe fondamental de l'égalité est celui voulant que les gouvernements devraient être empêchés de faire des distinctions fondées sur des motifs énumérés ou analogues qui ont l'effet de perpétuer des désavantages ou des préjugés à l'encontre de groupes. Il y a généralement perpétuation de désavantages et de préjugés lorsqu'une loi traite un groupe ordinairement désavantagé d'une manière qui exacerbe son désavantage.⁴⁴ Les articles contestés violent le principe de l'égalité en réservant aux travailleuses et travailleurs sexuels un traitement qui n'est pas équivalent à celui de travailleurs d'autres domaines, ce qui exacerbe les divers désavantages interconnectés qu'ils rencontrent déjà.

Comme l'a conclu la juge Himel, bien que le travail sexuel comporte un risque de violence pour les travailleuses et travailleurs sexuels, ce risque pourrait être atténué.⁴⁵ Mais, plutôt que d'adopter ou d'appuyer des mesures pour protéger les travailleuses et travailleurs sexuels, le gouvernement criminalise les activités mêmes qui pourraient rehausser leur sécurité. La juge a écrit, dans son arrêt :

En ce qui concerne l'art. 210, les preuves semblent indiquer que le travail dans un établissement est le moyen le plus sécuritaire de vendre des services sexuels; or, les prostituées qui tentent de rehausser leur degré de sécurité en travaillant ainsi risquent des sanctions criminelles. En ce qui a trait à l'art. 212(1)(j), la prostitution, y compris le travail hors établissement qui est légal, peut être rendu moins dangereux si une prostituée a la possibilité d'embaucher un assistant ou un

garde du corps; or de telles relations de travail sont illégales, en raison de la disposition qui interdit de vivre des produits de la prostitution. En outre, l'art. 213(1)(c) empêche les prostituées de la rue, qui sont en grande partie les plus vulnérables et qui sont aux prises avec un degré alarmant de violence, de procéder à un tri des clients à une étape précoce et déterminante, d'une transaction potentielle, ce qui les expose à un risque accru de violence.

En conclusion, ces trois dispositions empêchent les prostituées de prendre des précautions, dont certaines sont extrêmement rudimentaires, qui pourraient réduire leur risque de subir de la violence. Les prostituées sont contraintes de choisir entre leur liberté et leur sécurité personnelle. Ainsi, même si c'est effectivement le client qui inflige la violence à une prostituée, la loi joue selon moi un rôle suffisamment adjuvant en l'empêchant de prendre des mesures susceptibles de réduire son risque de telle violence [trad.].⁴⁶

Les travailleuses et travailleurs sexuels sont ciblés de manière particulière par la criminalisation, en ceci que la réponse législative accroît les risques de leur métier. Aucune autre occupation légale qui comporte un risque de violence — comme le sport professionnel, ou les emplois dans des domaines comme la police,⁴⁷ la sécurité ou les établissements correctionnels, ou encore le travail en milieu hospitalier⁴⁸ — n'est visée par des mesures gouvernementales qui exacerbent les risques pour les travailleurs. Au contraire, ces professions sont réglementées de manière à protéger le plus possible les travailleurs, dans l'occupation de leur choix.⁴⁹ Le traitement différentiel des travailleuses et travailleurs sexuels, à cet égard, a

été décrit comme suit par des experts convoqués par les demandresses :

« Le travail sexuel est un emploi où la société reconnaît que les travailleurs sont à risque. Cependant, plutôt que de mettre en œuvre des mesures propices à la sécurité du travail, comme on le ferait dans d'autres domaines, la réponse de la société est de vouloir abolir la profession. » [trad.]⁵⁰

« Je suis d'avis que la société ne devrait pas tolérer que quiconque doive travailler dans un milieu qui est non réglementé, hors de la vue, sans site clair, et complètement non sécuritaire, en particulier lorsque son service est en demande dans la société en général. Nous ne tolérerions ces conditions pour aucun autre groupe que les travailleuses et travailleurs sexuels ». [trad.]⁵¹

Le traitement hostile et différentiel qui est réservé aux travailleuses et travailleurs sexuels exacerbe la stigmatisation, les préjugés et les désavantages qu'ils vivent déjà. En particulier, en criminalisant les mesures qui contribueraient à protéger les travailleuses et travailleurs sexuels contre des crimes violents, les articles contestés aggravent leur vulnérabilité à la violence pour des raisons liées au sexisme,⁵² à la phobie à l'égard des personnes trans,⁵³ à l'homophobie⁵⁴ et au racisme.⁵⁵ Comme une personne l'a exprimé, « l'exploitation peut se produire dans tout le domaine du travail sexuel, mais elle est plus prévalente lorsque les individus ont moins d'options et sont plus vulnérables. La race, le genre, la classe, le statut socioéconomique et la culture exercent aussi une grande influence sur l'expérience individuelle à cet égard » [trad.].⁵⁶

Comme nous l'avons mentionné, les articles contestés réduisent

l'accès des travailleuses et travailleurs sexuels à la justice pour ce qui concerne les crimes violents, puisqu'ils sont réticents à signaler des crimes commis contre eux ou contre des collègues. Cet effet est particulièrement marqué pour ceux qui sont de minorités raciales, en particulier les femmes autochtones,⁵⁷ dont l'accès à la justice est déjà compromis par le racisme systémique de la part de la police, et qui sont notoirement et tragiquement surreprésentées parmi les travailleuses sexuelles victimes de violence ou de meurtre.⁵⁸

Plutôt que d'adopter ou d'appuyer des mesures pour protéger les travailleuses et travailleurs sexuels, le gouvernement criminalise les activités mêmes qui pourraient rehausser leur sécurité.

Les articles contestés sont, de plus, propices à la discrimination dans l'emploi, à l'encontre de travailleuses et travailleurs sexuels. Bien que les pratiques discriminatoires soient fréquentes dans le domaine,⁵⁹ les articles découragent les travailleuses et travailleurs sexuels de recourir aux protections de leurs droits humains, « de peur qu'une plainte ne se transforme en enquête sur des infractions de proxénétisme ou de maison de débauche » [trad.].⁶⁰ Ceci a un effet particulièrement aigu sur les

travailleuses et travailleurs sexuels qui sont aux prises avec des formes interreliées de désavantage, qui sont les plus vulnérables à la discrimination. En décourageant les plaintes des travailleuses et travailleurs sexuels relatives aux droits de la personne, les articles contribuent à perpétuer un climat où la discrimination à l'égard de travailleuses et travailleurs sexuels déjà marginalisés peut se poursuivre dans l'impunité.

POWER et Maggie's ont argué que les articles contestés portent atteinte aux principes de l'égalité, et ainsi au principe de justice fondamentale, en assujettissant les travailleuses et travailleurs sexuels à un traitement adverse et différentiel. Lorsque les dispositions d'égalité des lois sont concernées, les privations découlant de l'article 7 sont d'autant aggravées. Les privations de la sécurité de la personne qu'occasionnent les lois réglementant le travail sexuel sont vécues différemment, et avec des effets plus graves, par les travailleuses et travailleurs sexuels aux prises avec des formes diverses et interreliées de désavantages.

Conclusion

Par leur intervention devant la Cour d'appel, POWER et Maggie's souhaitent rappeler à la cour que les travailleuses et travailleurs sexuels sont des personnes, au même titre que n'importe qui. Les travailleuses et travailleurs sexuels méritent les mêmes garanties à l'égalité, à la dignité, à la sécurité de la personne et à l'autonomie personnelle que tous les autres Canadiens. La contestation fondée sur la Charte a soulevé des questions, selon POWER et Maggie's, notamment : quelles communautés sont les plus affectées par ces lois? Quelle est la portée de ces

effets? Qu'est-ce que la criminalisation permet aux gens de croire, au sujet des travailleuses et travailleurs sexuels, et de leur faire? POWER et Maggie's travaillent pour réaliser la vision d'un monde où le travail sexuel est valorisé, plutôt que d'attirer la violence et la honte. Certes, le fait d'invalider ces articles criminels ne résoudrait peut-être pas la stigmatisation du travail sexuel, mais cela permettra au moins aux travailleuses et travailleurs sexuels de pouvoir recourir aux mêmes protections dont bénéficient les autres travailleurs et travailleuses canadiens. C'est la promesse que renferme la Charte de notre pays.

— Karin Galldin, Leslie Robertson et Charlene Wiseman

Karin Galldin (karin@galldinlaw.ca) et Leslie Robertson (leslie@galldinlaw.ca) sont avocates au cabinet Galldin Law à Ottawa, Ontario, et Charlene Wiseman (cwiseman@sgmlaw.com) est avocate au cabinet Sack Goldblatt Mitchell à Toronto. Les deux cabinets sont conseillers juridiques pour les intervenantes POWER et Maggie's, dans l'affaire *Bedford v. Canada*.

le contrôle d'un local, permet sciemment que ce local ou une partie du local soit loué ou employé aux fins de maison de débauche.

(3) Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction visée au paragraphe (1), le tribunal fait signifier un avis de la déclaration de culpabilité au propriétaire ou locataire du lieu à l'égard duquel la personne est déclarée coupable, ou à son agent, et l'avis doit contenir une déclaration portant qu'il est signifié selon le présent article.

(4) Lorsqu'une personne à laquelle un avis est signifié en vertu du paragraphe (3) n'exerce pas immédiatement tout droit qu'elle peut avoir de résilier la location ou de mettre fin au droit d'occupation que possède la personne ainsi déclarée coupable, et que, par la suite, un individu est déclaré coupable d'une infraction visée au paragraphe (1) à l'égard du même local, la personne à qui l'avis a été signifié est censée avoir commis une infraction visée au paragraphe (1), à moins qu'elle ne prouve qu'elle a pris toutes les mesures raisonnables pour empêcher le renouvellement de l'infraction.

212. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque, selon le cas :

...

(j) vit entièrement ou en partie des produits de la prostitution d'une autre personne.

213. (1) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque, dans un endroit soit public soit situé à la vue du public et dans le but de se livrer à la prostitution ou de retenir les services sexuels d'une personne qui s'y livre :

...

(c) soit arrête ou tente d'arrêter une personne ou, de quelque manière que ce soit, communique ou tente de communiquer avec elle.

³ Pour être considéré comme une maison de débauche, un lieu doit avoir été utilisé « fréquemment ou habituellement » [trad.] pour des fins de prostitution : *R v. Patterson*, [1968] S.C.R. 157, aux par. 162–63.

⁴ *Bedford v. Canada*, *supra*, au par. 462.

⁵ Factum de l'appelant, le procureur général du Canada, 1^{er} mars 2011, au par. 166. En ligne à <http://mypage.uniserve.ca/~lowman/>.

⁶ Factum de l'appelant, le procureur général de l'Ontario, 1^{er} mars 2011, au par. 67. En ligne à <http://mypage.uniserve.ca/~lowman/>.

⁷ Voir, p. ex., le factum du procureur général de l'Ontario, *supra*, au par. 49; et celui du procureur général du Canada, *supra*, au par. 62. En ligne à <http://mypage.uniserve.ca/~lowman/>.

⁸ La Coalition inclut l'Association canadienne des centres contre les agressions à caractère sexuel, Action ontarienne contre la violence faite aux femmes, la Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, le Regroupement québécois des Centres d'aide et de lutte contre les agressions à caractère sexuel et la Vancouver Rape Relief Society.

⁹ POWER est un organisme de plaidoyer, établi à Ottawa, composé de travailleuses et travailleurs sexuels actuels et antérieurs, qui sont des hommes, des femmes, des LGBT, des personnes autochtones et/ou de minorités ethniques,

des divers domaines de l'industrie du sexe, comme la danse exotique, le travail mobile et en établissement, le massage érotique, et le travail sexuel de rue. Maggie's est un organisme torontois de services et de plaidoyer, qui dessert annuellement quelque 1 000 travailleuses et travailleurs sexuels, de la rue ou en établissement, en forte majorité des femmes. Maggie's est par ailleurs le premier organisme de travailleuses et travailleurs sexuels au monde à être financé par un gouvernement.

¹⁰ Le statut d'intervenant a été accordé à sept demandeurs après consentement des parties. Cependant, l'intervention proposée de Maggie's a rencontré l'opposition des procureurs généraux du Canada et de l'Ontario, parce que Maggie's avait initialement tenté d'intenter une contestation nouvelle des dispositions contestées du Code criminel, en vertu de l'aspect d'égalité de l'art. 15, devant la Cour d'appel de l'Ontario. Le j. O'Connor a refusé l'intervention à Maggie's au motif qu'un intervenant ne peut soulever d'autres questions en appel. Cependant, reconnaissant l'intérêt de longue date de l'organisme, en lien avec ces enjeux, ainsi que son expertise, il lui a permis de se joindre à un des autres intervenants; d'où le fait que Maggie's et POWER sont intervenues dans la coalition.

¹¹ Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1993] 3 R.C.S. 519, aux p. 587–588, par le j. Sopinka.

¹² *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 66. Voir aussi : *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 166; *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, au par. 85.

¹³ « Making Work », dossier de demande conjointe, vol. 9, onglet 35D, p. 2239. En ligne à <http://mypage.uniserve.ca/~lowman/>.

¹⁴ « Street Prostitution: Assessing the Impact of the Law », dossier de demande conjointe, vol. 8, onglet 34C, p. 2038. En ligne à <http://mypage.uniserve.ca/~lowman/>.

¹⁵ *R. c. Morgentaler*, *supra*, au par. 239.

¹⁶ Shaver, affidavit, au par. 38, dossier de demande conjointe, vol. 24, onglet 55, p. 6819; Gillies, « Bound by Law », dossier de demande conjointe, vol. 6, onglet 24A, p. 1141. En ligne à : <http://mypage.uniserve.ca/~lowman/>.

¹⁷ Rapport du Sous-comité sur les lois sur la sollicitation, dossier de demande conjointe, vol. 9, onglet 37F, p. 2472. En ligne à <http://mypage.uniserve.ca/~lowman/>. Voir aussi *Bedford v. Canada*, 2010 ONSC 4264, *supra*, au par. 35 : « Elle (Amy Lebovitch) a vécu un cas marquant de violence dans ce lieu, lorsqu'elle fut ligotée et violée par un client. Mme Lebovitch n'a pas signalé l'incident à la police, de peur d'attirer son attention et de se voir accusée au criminel » [trad.].

¹⁸ Factum de l'appelant, le procureur général du Canada, *supra*, au par. 110.

¹⁹ Factum de l'appelant, le procureur général de l'Ontario, *supra*, au par. 49.

²⁰ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, aux p. 1003–4; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, au par. 61.

²¹ *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, aux p. 318–319, cité dans *Morgentaler*, *supra*, à la p. 166, par la j. Wilson.

²² *Morgentaler*, *supra*, p. 167.

²³ Rapport Fraser, vol. 2, dossier de demande conjointe, vol. 71, onglet 154B, p. 20897. En ligne à <http://mypage.uniserve.ca/~lowman/>.

²⁴ Rapport du Sous-comité sur les lois sur la sollicitation, dossier de demande conjointe, vol. 9, onglet 37F, p. 2466. En ligne à <http://mypage.uniserve.ca/~lowman/>.

¹ *Bedford v. Canada*, 2010 ONSC 4264 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).

² Les articles contestés se lisent comme suit :

210. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque tient une maison de débauche.

(2) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque, selon le cas :

a) habite une maison de débauche;

b) est trouvé, sans excuse légitime, dans une maison de débauche;

c) en qualité de propriétaire, locataire, occupant, locataire, agent ou ayant autrement la charge ou

²⁵ Ibid., à la p. 2473.

²⁶ C. Bruckert et F. Chabot, *Challenges: Ottawa area sex-workers speak out*, POWER, 2010, p. 34. Voir aussi L. Shaver, *Safety, security and the well-being of sex workers: A report submitted to the House of Commons Subcommittee on Solicitation Laws, Sex Trade Advocacy and Research*, 2006; et L.A. Jeffrey et G. MacDonald, *Sex workers in the Maritimes talk back*, UBC Press, 2006.

²⁷ Maticka-Tyndale, affidavit, dossier de demande conjointe, vol. 12, ongle 45, p. 3094. En ligne à <http://mypage.uniserve.ca/~lowman/>.

²⁸ *Bedford v. Canada*, 2010 ONSC 4264, *supra*, au par. 325. Voir aussi B. Brents et K. Hausbeck, « Violence and Legalized Brothel Prostitution in Nevada: Examining Safety, Risk, and Prostitution Policy », *Journal of Interpersonal Violence* 270 (2005).

²⁹ *Bedford v. Canada*, 2010 ONSC 4264, *supra*, au par. 211. Voir aussi « Violence and Legalized Brothel Prostitution in Nevada: Examining Safety, Risk, and Prostitution Policy », *supra*.

³⁰ *Challenges: Ottawa area sex-workers speak out*, *supra*, à la p. 59.

³¹ La juge Himel a fait référence à ces commentaires adressés au Comité d'examen des lois sur la prostitution : voir *Bedford v. Canada*, 2010 ONSC 4264, au par. 192.

³² Sous-comité de la Chambre des communes sur les lois sur la sollicitation, témoignages du 2005-03-30, par Mandip Kharod, dossier de demande conjointe, vol. 84, ongle 164v, à la p. 25578. En ligne à : <http://mypage.uniserve.ca/~lowman/>.

³³ « Voices of Dignity: A call to End the Harms Caused by Canada's Sex Trade Laws », dossier de demande conjointe, vol. 24, ongle 55M, p. 7150. En ligne à : <http://mypage.uniserve.ca/~lowman/>. Voir aussi *Challenges: Ottawa area sex-workers speak out*, *supra*, à la p. 86.

³⁴ *Morgentaler*, *supra*, à la p. 175.

³⁵ *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J)*, [1999] 3 R.C.S. 46, aux par. 112 et 115, par la j. L'Heureux-Dubé (voir aussi par. 113–114, 117).

³⁶ Entre 75 et 85 p. cent des individus qui vendent des services sexuels, au Canada, sont des femmes (*Bedford*, par. 165). Voir aussi : « Safety, Security, and the Well Being of Sex Workers », pièce B de l'affidavit de la D^{re} Eleanor Maticka-Tyndale, dossier de demande conjointe, vol. 12, ongle 45–46, p. 3132. En ligne à <http://mypage.uniserve.ca/~lowman/>. Il est estimé qu'approximativement 10 à 25 p. cent des personnes qui pratiquent la prostitution de rue sont des hommes (« Traditional Data Distort our View of Prostitution », pièce C, affidavit de Frances Shaver, vol. 24, ongle 55, p. 6877. En ligne à <http://mypage.uniserve.ca/~lowman/>).

³⁷ « Les répondants différaient de la population générale aussi en ce qui concerne l'orientation sexuelle : 60,7 % se sont déclarés hétérosexuels, 31,9 % bisexuels, 5,5% homosexuels et 1,8% bispirituels. De plus, les hommes étaient beaucoup plus susceptibles que leurs collègues de sexe féminin de s'identifier comme homosexuels (19,4 % contre 1,9 %) ou bisexuels (47,2 % contre 29,4 %). » (*Dispelling Myths and Understanding Realities: Working Conditions, Health Status, and Exiting Experiences of Sex Workers*, pièce B de l'affidavit de Cecilia Benoit, dossier de demande conjointe, vol. 13, ongle 48, pp.3504–05. En ligne à <http://mypage.uniserve.ca/~lowman/>).

³⁸ *Balancing Perspectives*, dossier de demande conjointe, vol. 5, ongle 228, p. 1076. En ligne à <http://mypage.uniserve.ca/~lowman/>.

³⁹ « Environ 40 % de l'ensemble des travailleuses et travailleurs sexuels sont des femmes de couleur. » [trad.] (*Decriminalizing Sex work*, dossier de demande conjointe, vol. 3, ongle 16, p.476. En ligne à <http://mypage.uniserve.ca/~lowman/>).

⁴⁰ Des sondages auprès des travailleuses et travailleurs sexuels de villes du Canada démontrent constamment que les femmes autochtones sont surreprésentées parmi les travailleuses et travailleurs sexuels (p. ex., rapport du sous-comité des lois sur la sollicitation, dossier de demande conjointe, vol. 9, ongle 37F, p. 2420; Amnistie internationale, *Stolen Sister*, dossier de demande conjointe, vol. 7, ongle 29C, aux p.171–72. En ligne à <http://mypage.uniserve.ca/~lowman/>. Voir aussi *Bedford v. Canada*, 2010 ONSC 4264, aux par. 90 et 165.

⁴¹ « 20 p. cent des personnes qui pratiquent la prostitution de rue sont des personnes transgenre ou travesties. » [trad.] (*Bedford v. Canada*, 2010 ONSC 4264, au par. 165)

⁴² *Morgentaler*, *supra*, à la p.175. Voir aussi *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1130, par j. Wilson K. (dissid.).

⁴³ *Pacificador v. Philippines* (1993), 14 O.R. (3d) 321, à la p. 337. Voir aussi *R. v. Andrew*, 1986 CanLII 966 B.C.S.C., aux par. 23–24.

⁴⁴ *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.S.C. 383, au par. 25; *Withler c. Canada (procureur général)*, 2011 CSC 12 (CanLII), aux par. 30 et 35.

⁴⁵ Voir *Bedford v. Canada*, 2010 ONSC 4264, aux par. 300–318, 421.

⁴⁶ *Bedford v. Canada*, 2010 ONSC 4264, aux par. 359–362. Voir aussi paragraphes 327–343, 385, 387, 421, 422, 427–428, 429–421, 432, 434.

⁴⁷ *Bedford v. Canada*, 2010 ONSC 4264, au par. 294.

⁴⁸ « Safety, Security and the Well-Being of Sex Workers », dossier de demande conjointe, vol. 24, p. 7100 (présentation de diapositives). En ligne à <http://mypage.uniserve.ca/~lowman/>.

⁴⁹ Par exemple, un règlement en vertu de la *Loi sur la santé et la sécurité au travail* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. O.1 protège la santé et la sécurité des travailleurs des soins de santé et est conçue en fonction des risques particuliers qu'ils peuvent rencontrer. Voir Établissements d'hébergement et des soins de santé, R.O. 67/93. Au palier fédéral, des règlements spécifiques protègent les travailleurs de domaines à risque élevé de préjudice physique, notamment : aviation (DORS/87); pétrole et gaz (DORS/87-612); et mines (DORS/90-97). Les règlements ontariens et fédéraux sur la santé et la sécurité requièrent que les employeurs adoptent diverses précautions pour réduire le risque de violence pour les employés de professions réglementées. Voir LSSTO Partie III.0.1 et Règlement canadien sur la SST, DORS/86-304, Partie XX.

⁵⁰ Shaver, affidavit, au par. 38, dossier de demande conjointe, vol. 24, ongle 55, p. 6819.

⁵¹ Patterson, affidavit, au par. 18, dossier de demande conjointe, vol. 7, ongle 30, p. 1838.

⁵² *R. c. Ewanchuk*, [1991] 1 R.C.S. 330, aux par. 68–70.

⁵³ « Les transsexuels ... rencontrent des formes très graves de discrimination dans notre société, y compris des actes réguliers de violence et de haine. » [trad.] (*Hogan v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, [2006] O.H.R.T.D. no 34, au par. 459. Voir aussi les par. 330, 331, 406)

⁵⁴ *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, aux par. 173–174.

⁵⁵ « Les femmes autochtones de 25 à 44 ans, dotés du statut en vertu de la Loi sur les Indiens, sont cinq fois plus susceptibles que les autres femmes du même âge de mourir en raison d'acte de violence. » [trad.] (Mooney, affidavit, au par. 18, dossier de demande conjointe, vol. 7, ongle 29, p. 1690. En ligne à <http://mypage.uniserve.ca/~lowman/>).

⁵⁶ *Balancing Perspectives*, dossier de demande conjointe, vol. 5, ongle 23B, p. 1070. En ligne à <http://mypage.uniserve.ca/~lowman/>.

⁵⁷ Les femmes autochtones sont à la fois vulnérables à un excès de surveillance policière dû à des stéréotypes racistes les présument comme « immorales et de mœurs légères » [trad.], et à une insuffisance de protection policière parce que « les personnes autochtones sont souvent considérées comme des victimes de moindre valeur » [trad.]. Ainsi, « les problèmes des femmes autochtones, dans leur interaction avec la police, sont magnifiés par la perceptions que les travailleuses et travailleurs sexuels sont aussi des victimes de moindre valeur » [trad.] (Mooney, affidavit, aux par. 20–21, dossier de demande conjointe, vol. 7, ongle 29, p. 1691.) Voir aussi *Bedford* au par. 174; commentaires de Kara Gillies, dossier de demande conjointe, vol. 6, ongle 24C, p. 1428; rapport du sous-comité des lois sur la sollicitation, dossier de demande conjointe, vol. 9, ongle 37F, p. 2420. En ligne à <http://mypage.uniserve.ca/~lowman/>.

⁵⁸ *Missing native women invisible*, dossier de demande conjointe, vol. 7, ongle 29 D, p. 1821; *Creating Options*, dossier de demande conjointe, vol. 38, ongle 96D, p. 11032; Règlement canadien sur la SST, DORS/86-304, dossier de demande conjointe, vol. 9, ongle 37F, p. 2420. En ligne à <http://mypage.uniserve.ca/~lowman/>.

⁵⁹ « Plusieurs femmes ont signalé des pratiques discriminatoires et racistes, dans l'embauche, de la part d'employeurs. Les femmes de minorité raciale ont décrit s'être carrément vu refuser un emploi, être reléguées à des heures moins enviables, ou recevoir un nombre minime de clients. Plusieurs participantes ont parlé de quotas à teneur raciale, limitant le nombre de femmes de couleur, noires et autochtones, embauchées en général, ou assignées à chaque plage horaire ou à chaque lieu. Les trois femmes transsexuelles interviewées ont affirmé que la vaste majorité des agences d'escorte et des salons de massage refusent d'embaucher des femmes transsexuelles/transgenre, et que ceux qui le font les paient souvent à un taux inférieur aux autres femmes. Ces formes de discrimination sont clairement contraires aux lois fédérales, provinciales et territoriales sur les droits de la personne. » [trad.] (Gillies, *Bound by Law*, dossier de demande conjointe, vol. 6, Tab. 24A, p. 1346).

⁶⁰ *Ibid.* Pour les mêmes raisons, l'accès des travailleuses et travailleurs sexuels à d'autres protections relatives au travail, comme les normes du travail, la santé et la sécurité en milieu de travail, et les relations syndicales, serait probablement entravé, même dans la mesure où ces protections seraient applicables au travail sexuel.

Parcours de deux affaires — prudence requise dans les poursuites pour non-divulgaration de la séropositivité au VIH

Deux cours d'appel provinciales ont récemment rendu des décisions unanimes qui clarifient le droit, relativement à l'obligation imposée aux personnes vivant avec le VIH de divulguer leur séropositivité au VIH avant d'avoir des rapports sexuels. La décision de la Cour d'appel du Manitoba dans l'affaire *R v. Mabior*¹ et celle de la Cour d'appel du Québec dans *R c. D.C.*² doivent être examinées sur une toile de fond où l'on observe, au Canada, de plus en plus de poursuites criminelles contre des personnes vivant avec le VIH, se fondant sur l'allégation qu'elles ont omis de dévoiler leur séropositivité au VIH à des partenaires sexuels. Plus de 120 poursuites ont été intentées, depuis la première affaire pénale pour non-divulgaration de la séropositivité au VIH, en 1989. Une grande proportion des accusés ont plaidé coupable, ou ont été déclarés coupables, d'infractions criminelles sérieuses, leur valant dans bien des cas des peines sévères et l'inscription à un registre de délinquants sexuels.³ Dans la majorité des cas de déclarations de culpabilité, il n'y avait pas eu infection du plaignant par le VIH.⁴

En dépit du nombre considérable de poursuites, on peut soutenir que les personnes vivant avec le VIH qui sont au courant de leur état sérologique (dont le nombre était estimé à 48 100 au Canada en 2008⁵) ne peuvent déterminer avec certitude les contours de leur obligation de divulgation en vertu du droit criminel. Le critère d'analyse juridique établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R c. Cuerrier*,⁶ celui d'un risque important de lésion corporelle grave, ne procure pas de ligne directrice adéquate aux personnes vivant avec le VIH, à la police, aux avocats de la Couronne, ni aux cours de première instance. La Cour suprême aura bientôt une occasion de jeter un second regard sur l'arrêt *Cuerrier*. Elle a accepté la demande d'autorisation d'appel dans l'affaire *Mabior* ainsi que dans l'affaire *D.C.*⁷ et entendra les deux appels conjointement. Dans les deux cas, la Couronne prône, en matière d'agression sexuelle, une doctrine de consentement éclairé voulant qu'une

non-divulgaration en présence de *tout* risque de transmission du VIH, sans égard à l'usage de condom ni à la quantité de VIH dans le sang [autre-ment dit la *charge virale*) du prévenu séropositif, emporte une responsabilité criminelle.⁸ Le présent commentaire débute par un aperçu de chacune des affaires, se concentrant sur l'analyse faite par les cours d'appel, puis traite de trois questions que la Cour suprême du Canada devra aborder lorsqu'elle tranchera dans les affaires *Mabior* et *D.C.*

L'affaire *Mabior*

L'accusé a été diagnostiqué séropositif au VIH en janvier 2004 et a commencé un traitement antirétroviral (TARV) en avril 2004. Entre février 2004 et janvier 2006, il a eu des rapports sexuels avec neuf femmes (les plaignantes), dont plusieurs adolescentes, parfois en portant un condom, parfois sans en porter; dans plusieurs cas les rapports sexuels ont impliqué la consommation d'alcool et de dro-

gue illicite, fourni par M. Mabior. Il y a des preuves qu'il n'a pas toujours fait usage judicieux de condoms, pendant cette période, puisqu'il a contracté deux gonorrhées et qu'il a été nommé dans une liste de contacts d'une personne qui a contracté la chlamydia. Jusqu'ici aucune des plaignantes n'a reçu de résultat positif à un test de diagnostic du VIH.

En première instance, l'accusé a été déclaré coupable de six chefs d'accusation d'agression sexuelle grave, et d'un chef d'accusation additionnel de contacts sexuels ainsi que d'incitation à des contacts sexuels, et a été condamné à une peine d'incarcération de 14 ans.⁹ La juge de première instance a conclu que cinq des six plaignantes n'auraient pas eu de rapport sexuel avec l'intimé si elles avaient su qu'il était séropositif au VIH. La sixième, alors âgée de 14 ans, a appris qu'il avait le VIH pendant un rapport sexuel avec lui. La juge de première instance a répété plusieurs fois, dans ses motifs, que

l'usage d'un condom ne réduisait que de 80 % le risque de transmission du VIH, mais elle n'a pas appliqué clairement ce degré de réduction du risque aux estimés déjà faibles des taux de transmission sexuelle. En l'essence, elle a conclu que *tout* risque de transmission était suffisant pour satisfaire le critère établi dans l'arrêt *Cuerrier* — en se fondant sur l'opinion qu'afin de réduire le risque suffisamment pour qu'il n'y ait pas risque important de lésion corporelle grave, il faudrait *à la fois* porter un condom et avoir une charge virale indétectable.

Les personnes qui se savent séropositives ne peuvent déterminer avec certitude les contours de leur obligation de divulgation en vertu du droit criminel.

La Cour d'appel du Manitoba, dans un jugement prudent et au raisonnement judicieux, a tenté de poser certaines limites à la criminalisation de la non-divulgation. La Cour a cherché un équilibre entre des intérêts opposés :

Dans ce contexte, aucune partie, y compris l'intervenant, le Réseau juridique canadien VIH/sida, n'est en désaccord avec le fait d'accuser des individus qui transmettent intentionnellement ou de manière insouciante une maladie grave à leurs partenai-

res. Le droit criminel a un rôle dans la protection du public contre des individus irresponsables. Il n'y a pas désaccord non plus sur le fait que, des points de vue de l'éthique et de la santé publique, la divulgation est nécessaire. Cependant, entre ces deux pôles, des considérations de politiques devraient avoir une incidence sur le droit, de manière à générer un point de vue plus nuancé quant à savoir en quelles circonstances l'omission de divulguer justifie des sanctions pénales. L'État dispose d'autres mécanismes d'intervention, outre la criminalisation de l'acte. Les sanctions criminelles devraient être limitées aux cas d'individus qui, délibérément ou de manière irresponsable ou insouciante, ne respectent pas les consignes de la santé publique et qui sont réellement répréhensibles. [trad.]¹⁰

La Cour d'appel a tranché que la juge de première instance avait commis deux erreurs. Premièrement, même si le critère juridique requiert la présence d'un risque important, la juge avait appliqué un critère exigeant à toutes fins pratiques l'absence de tout risque, en requérant *à la fois* l'usage d'un condom et une charge virale indétectable. La Cour a rectifié les faits en affirmant qu'en présence de l'un ou l'autre de ces facteurs réducteurs du risque, la non-divulgation n'était pas sujette à une responsabilité criminelle puisque le risque se trouvait alors réduit à un degré inférieur à ce qui est considéré comme important.

Deuxièmement, la Cour a conclu que la juge de première instance avait commis une erreur dans son point de mire sur le fait que les condoms réduisent le risque de transmission sexuelle de 80 %. La Cour a clarifié que 80 % s'applique à un taux de transmission sexuelle déjà faible. Le risque de transmission qu'aurait

dû considérer la juge de première instance était 20 % d'« un chiffre initial déjà faible » [trad.].¹¹ La Cour a conclu que « l'utilisation constante et prudente de condoms » [trad.]¹² ou « une utilisation raisonnablement adéquate de condoms » [trad.]¹³ abaissait le risque sous le seuil du qualificatif « important ». Elle a expressément rejeté l'argument de la Couronne voulant qu'en raison de la gravité du préjudice potentiel il faudrait considérer comme étant important pratiquement tout risque que ce préjudice ait lieu.

La Cour a élaboré son analyse de l'usage prudent de condoms en énumérant dix facteurs, présentés par un témoin expert, qui constitueraient « une situation idéale ». ¹⁴ De plus, la Cour a affirmé clairement que si le condom se rompt la personne séropositive doit immédiatement divulguer son infection à un partenaire qui n'est pas séropositif, de manière à ce que celui-ci puisse recourir à des mesures de prophylaxie, ajoutant que la non-divulgation dans ce contexte équivaldrait à un rapport sexuel non protégé.¹⁵

La Cour a noté l'importance des développements scientifiques intervenus depuis l'arrêt *Cuerrier*, y compris l'utilisation fructueuse des traitements antirétroviraux, qui peut réduire de manière radicale la charge virale ainsi que le risque de transmission à autrui. La Cour a conclu que l'application de l'arrêt *Cuerrier* doit « évoluer afin de rendre dûment compte du progrès de la science dans le traitement du VIH » [trad.].¹⁶ Toutefois, la Cour n'est pas allée jusqu'à faire des déclarations définitives à propos de la charge virale; elle a plutôt affirmé que chaque affaire sera à juger sur la base des faits et preuves en l'espèce, tout en invitant

la Cour suprême du Canada à fournir des balises plus informatives.¹⁷ Vu les faits en l'espèce, la Cour d'appel a conclu que le critère du « risque important de lésions corporelles graves » était satisfait dans deux, seulement, des six chefs d'accusation pour lesquels l'intimé avait été déclaré coupable.

L'affaire D.C.

Au cours de l'été 2000, D.C. a fait connaissance avec un homme, en bordure d'un terrain de soccer, où leurs fils respectifs jouaient. Ainsi débuta une relation de quatre ans. Le juge de première instance a conclu qu'il y avait eu un rapport sexuel non protégé avant la divulgation de la séropositivité, celle-ci ayant eu lieu tôt dans le cours de la relation. La relation a connu une fin tumultueuse en novembre 2004, lorsque D.C. a appelé la police et allégué que son partenaire l'avait agressée physiquement ainsi que son fils. Le partenaire a été accusé, et déclaré coupable au procès de première instance, de voies de fait. En février 2005, il a communiqué avec la police et a porté plainte pour l'incident préalable de rapport sexuel non protégé ayant eu lieu avant que sa partenaire ne lui eût dévoilé qu'elle était séropositive au VIH. D.C. a été accusée d'un chef d'accusation de voies de fait graves et d'un chef d'agression sexuelle.

En première instance, un témoin expert a établi que le risque de transmission du VIH d'une femme à un homme lors d'un rapport sexuel non protégé est de l'ordre de un sur 1 000, quelle que soit la charge virale.¹⁸ Lorsque la charge virale de la femme est « indétectable » (ce qui équivaut à moins de 50 copies de VIH par millilitre de sang), le risque de transmission devient de un sur

10 000; si un condom est utilisé, le risque est encore réduit, cette fois à un sur 50 000. Citant les arrêts *Cuerrier* et *Williams*,¹⁹ le juge de première instance a déclaré D.C. coupable de voies de fait graves parce que son omission de divulguer sa séropositivité avant d'avoir un rapport sexuel non protégé avait exposé son partenaire à un risque important de lésions corporelles graves. Il a également déclaré D.C. coupable d'agression sexuelle, puisque le consentement de son partenaire à avoir un rapport sexuel avec elle avait été vicié par la non-divulgation.

D.C. a porté la décision de première instance en appel. Devant la Cour d'appel du Québec, elle a argué que le jugement de première instance constituait une interprétation injustifiée et indûment élargie des obligations criminelles imposées aux personnes qui vivent avec le VIH; et que le juge de première instance avait commis une erreur en rejetant le témoignage livré par le témoin expert à l'effet d'un risque extrêmement minime de transmission du VIH dans les circonstances en l'espèce — témoignage qui n'a pas été contredit —, et en ne tenant finalement pas compte du critère de risque important qui est établi dans l'arrêt *Cuerrier*. La Couronne a argué que l'omission d'une personne séropositive au VIH de dévoiler son infection avant d'avoir un rapport sexuel non protégé comporte un risque suffisant pour vicier le consentement de son partenaire à avoir ce rapport sexuel.

La Cour d'appel fut unanime quant au « cœur du pourvoi » :²⁰ le lien entre l'obligation de dévoilement, le risque de préjudice corporel et la preuve médicale. La Cour a passé en revue les éléments essentiels de la fraude dans le contexte sexuel

— soit la malhonnêteté et le risque de privation — établis par la Cour suprême dans l'arrêt *Cuerrier*. Son analyse a mis en relief les portions du jugement du juge Cory, où l'obligation de dévoilement de la séropositivité au VIH est rattachée au risque pour la santé du partenaire sexuel : l'obligation de divulgation s'accroît avec le risque que comporte l'acte sexuel.²¹ La Cour d'appel a conclu que le juge de première instance avait erré dans son application du critère à la preuve en l'espèce. Il y avait preuve incontestée que la charge virale de l'accusée était indétectable. La Cour a revu le témoignage de l'expert et a constaté que, vu la prise de médicaments efficaces, la charge virale de D.C. était devenue indétectable à la fin de juin 2000 et l'était demeurée au printemps de 2001. La Cour a conclu que, dans les circonstances de l'affaire, le risque de transmission était si faible qu'il ne constituait pas un « risque important de lésions corporelles graves », et que l'omission de D.C. de dévoiler sa séropositivité à son partenaire n'avait pas vicié le consentement de ce dernier à avoir ce rapport sexuel avec elle (à l'opposé du critère établi dans l'arrêt *Cuerrier*).²² Du point de vue de la Cour, les termes utilisés par les experts médicaux (« très faible », « très minime », « très, très faible ») étaient « incompatibles avec l'existence de quelque risque important que ce soit ».²³ Le juge de première instance, ainsi, avait commis une erreur en concluant que la Couronne avait établi qu'il y avait eu crimes d'agression sexuelle et de voies de fait.

La Cour a cité favorablement des motifs du juge Steel dans *Mabior*, y compris l'invitation à la Cour suprême de revoir et de clarifier le

flou intrinsèque du critère du risque important.²⁴ En conclusion, la Cour a laissé entendre que « l’initiative de revoir toute la question du risque de transmission de maladies infectieuses graves, dans le contexte du droit pénal canadien, devrait peut-être revenir au législateur vu ses nombreuses ramifications sociales, éthiques et morales ».²⁵

Analyse et commentaire

Ces deux affaires, qui ne pourraient être plus contrastées l’une de l’autre en ce qui concerne les faits, illustrent la vaste diversité de circonstances complexes pouvant conduire à des poursuites pour non-divulgence de la séropositivité. Elles ont toutefois en commun le fait que les juges de première instance avaient conclu que *tout* risque de transmission du VIH était suffisant pour satisfaire le critère d’analyse du « risque important de lésions corporelles graves » établi dans l’arrêt *Cuerrier*. Les deux cours d’appel ont rectifié cette position, en affirmant que la signification du critère de « risque important » émanant de *Cuerrier* doit être étoffée, et que tout risque n’est pas d’importance suffisante à vicier le consentement aux rapports sexuels. Ces affaires présentent à la Cour suprême du Canada l’occasion d’examiner comment, aujourd’hui, nos connaissances accrues du risque de transmission du VIH et notre capacité de réduire fortement ce risque déjà faible, à l’aide des condoms et des médicaments antirétroviraux, devraient avoir une incidence sur un test juridique établi à une époque où l’infection à VIH conduisait quasi inévitablement au sida et au décès. Nous abordons ci-dessous trois éléments qui méritent que la Cour suprême s’y penche.

Le critère juridique du risque important — une approche éclairée par des éléments probants

La Cour suprême aura bientôt l’occasion de clarifier le critère du risque important de préjudice corporel grave. Si elle applique l’analyse qu’elle a établie dans l’arrêt *Cuerrier*, le raisonnement qu’a récemment suivi la Cour d’appel du Manitoba dans *Mabior* constitue un excellent point de départ éclairé par des éléments

La signification du critère de « risque important » émanant de *Cuerrier* doit être étoffée — tout risque n’est pas d’importance suffisante à vicier le consentement aux rapports sexuels.

probants. Celle-ci a offert des lignes directrices générales quant à la fonction appropriée du droit criminel dans le contexte de la non-divulgence de la séropositivité, établissant une distinction fondamentale entre ce que la majorité des personnes considéreraient comme une conduite sexuelle morale ou conforme à l’éthique, et une conduite qui mériterait une sanction criminelle : « [t]out le monde voudrait être avisé de la séropositivité d’un partenaire. La plupart des gens s’entendraient pour dire qu’il y avait une obligation morale et éthique de divulguer cette information » [trad.].²⁶

Or la Cour a reconnu expressément que des sanctions criminelles ne devraient être imposées que si le risque était important qu’un préjudice physique résulte de la non-divulgence.²⁷

La Cour a formulé les principes suivants, pour déterminer si l’acte sexuel a exposé le plaignant à un « risque important de lésions corporelles graves » : (i) à l’heure actuelle, contracter l’infection à VIH soumet l’individu à un préjudice physique grave;²⁸ (ii) le fardeau incombe à la Couronne d’établir la présence d’un risque important de transmission de l’infection à VIH, compte tenu de la charge virale de l’accusé au(x) moment(s) pertinent(s);²⁹ (iii) la détermination du degré de risque en l’espèce devrait être basée sur la science médicale relativement au VIH/sida, qui continuera d’évoluer avec le temps;³⁰ (iv) le risque de transmission sexuelle est cumulatif, et augmente avec chaque acte qui comporte un risque; (v) un usage raisonnablement adéquat de condom, et non l’usage parfait, réduit le risque de transmission sexuelle à un degré inférieur à ce qui est considéré comme important;³¹ et (vi) si un condom se rompt, la divulgation immédiate de la séropositivité, par le partenaire qui vit avec le VIH, pourrait suffire à réduire le risque de préjudice.³² La non-divulgence après la rupture d’un condom ne mériterait d’être criminalisée qu’en présence d’une charge virale détectable.

D’importance, la Cour a reconnu la pertinence considérable, du point de vue juridique, des condoms dans l’analyse du degré de risque de transmission du VIH et de l’obligation de divulgation en vertu du droit criminel. La Cour a accepté qu’une utilisation raisonnablement correcte, et pas

nécessairement parfaite, d'un condom lors d'un rapport sexuel réduit le risque de transmission en dessous du seuil d'importance.³³ Cette position est conforme à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Cuerrier*, et elle est propice à encourager une conduite sexuelle de responsabilité mutuelle qui est en fin de compte plus utile que la divulgation, pour réduire le risque de transmission du VIH.

En contrepartie, par son approche équivoque quant à l'incidence de la charge virale sur le risque de transmission, la Cour a laissé passer une occasion de clarifier davantage le droit.

Il est vrai que le test de charge virale est effectué pour « un point dans le temps ». ... Des infections courantes, des ITS et des facteurs thérapeutiques peuvent causer des fluctuations de la charge virale d'un individu. Les personnes séropositives dont la charge virale est apparemment indétectable peuvent avoir occasionnellement des pics de la charge virale, ou une résistance virale à des médicaments peut se développer. *En conséquence, aucune déclaration complète ne peut être formulée quant à l'impact d'une faible charge virale sur la question du risque.* Chaque cas dépendra des faits, concernant l'intimé, et chaque cas dépendra de l'état des données médicales à ce point dans le temps, et de la manière dont elles sont présentées, en l'espèce.³⁴ [trad.; italiques ajoutés]

C'est une approche malheureuse, vu le vaste corpus de récentes publications scientifiques où il est avancé qu'un TARV efficace procure une protection plus importante que l'usage du condom, contre la transmission du VIH lors de rapports sexuels.³⁵ De plus, cela est contraire à la conclusion de la Cour quant aux faits en

l'espèce. Elle s'est en effet posé la question suivante, en lien avec chaque plaignante pour laquelle elle avait conclu qu'un condom n'avait pas été adéquatement utilisé : « La charge virale de l'accusé était-elle indétectable au moment de ce rapport sexuel? » [trad.]. Le cas échéant, le risque de transmission du VIH n'étaient pas « important », Mabior n'avait pas d'obligation de divulgation, donc la non-divulgation n'était pas criminelle.

Un facteur à aborder, dans le contexte de la charge virale, est le fardeau de la preuve. Nous sommes d'avis que le fardeau incombe à la Couronne d'établir la présence de tous les éléments de l'infraction des voies de fait, au delà du doute raisonnable, ce qui inclut de fournir des éléments de preuve démontrant que, *dans les circonstances de l'affaire*, l'acte sexuel comportait pour le plaignant un risque important de lésions corporelles graves. Cette approche est préférable à celle adoptée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Wright*,³⁶ en vertu de laquelle la Couronne pourrait établir qu'il y avait un risque important en se fondant sur le risque moyen tel que décrit dans la littérature. Cette approche dans l'affaire *Wright* est basée sur l'hypothèse fortement stigmatisante selon laquelle un rapport sexuel avec une personne séropositive au VIH comporte *en soi* un risque important de contracter le VIH — un point de vue désuet et inexact de la réalité du VIH. D'ailleurs, les cours d'appel ont fermement rejeté cette présomption, dans *Mabior* et *D.C.*, au profit d'une évaluation du risque adaptée aux éléments particuliers de l'affaire et éclairée par l'analyse d'experts, en tenant compte des facteurs qui réduisent et qui augmentent

le risque de transmission. Une telle approche évite de faire reposer sur les épaules de l'accusé le fardeau tactique de la preuve et d'exiger qu'il présente des éléments spécifiques à sa défense, en l'espèce, pour répondre à l'élément d'un risque général invoqué par la Couronne. En somme, la décision tactique initiale revient ici à la Couronne, concernant la présentation de preuves médicales et scientifiques sur le risque de transmission du VIH dans les faits en l'espèce, que la Couronne peut aisément obtenir à l'aide de mandats de perquisition, d'assignations à témoigner ainsi que de témoignages d'experts.

Les accusations de voies de fait graves ou d'agression sexuelle grave sont-elles appropriées?

À l'heure actuelle, les poursuites pour la non-divulgation de la séropositivité par une personne à son partenaire consistent presque exclusivement en des accusations de voies de fait graves ou d'agression sexuelle grave.³⁷ Cette dernière constitue le crime sexuel le plus grave inscrit au Code criminel et peut emporter une peine maximale d'emprisonnement à vie. Ces accusations sont déposées sans égard au fait que le VIH ait ou n'ait pas été transmis. De fait, la poursuite est facilitée lorsque l'infection n'a pas été transmise, puisque si le plaignant est séropositif la Couronne aura à faire la preuve qu'il ne l'était pas lorsqu'il a eu des rapports sexuels avec l'accusé.³⁸ Nous sommes d'avis que les accusations d'agression sexuelle grave et de voies de fait graves entraînent une criminalisation excessive lorsque l'infection à VIH n'a pas été transmise au plaignant; des accusations aussi sérieuses devraient être limitées aux cas où le VIH a été transmis et qu'en consé-

quence la vie du plaignant a été mise en danger, plutôt qu'exposée à un risque potentiel de mise en danger.³⁹

Ce qui fait en sorte que des voies de fait ou qu'une agression sexuelle sont « graves » [c'est à dire aggravées, comme l'indique l'expression anglaise utilisée dans le Code criminel] est le préjudice additionnel qui a été causé au plaignant par la blessure, la mutilation, la défiguration ou la mise en danger de sa vie.⁴⁰ Nous sommes d'avis que dans les cas où l'infection n'a pas été transmise, la vie du plaignant n'a tout simplement pas été mise en danger. Comme nous l'avons mentionné, la présomption voulant qu'un rapport sexuel avec une personne séropositive implique toujours un danger pour la vie de son partenaire n'est pas judicieuse. Lorsque le virus n'a pas été transmis, la pensée qu'il aurait pu l'être ne suffit pas à constituer le degré de responsabilité criminelle correspondant à des voies de fait graves ou à une agression sexuelle grave. La Nouvelle-Zélande et plusieurs ressorts d'Australie ont recours à des infractions différentes, selon que l'infection a été transmise ou non.⁴¹

Cela porte à se demander quelle serait l'infraction la plus appropriée, lorsqu'il n'y a pas eu transmission de l'infection même si le plaignant a été exposé à un risque important de la contracter. Nous sommes d'avis, si le plaignant n'a pas contracté l'infection, que l'on ne devrait pas porter d'accusations plus graves que celles de voies de fait ou d'agression sexuelle. Cela correspondrait mieux au fait que les cas où il y a transmission emportent des accusations de voies de fait graves ou d'agression sexuelle grave, et à l'idée que la non-divulcation, dans le contexte d'un risque important de lésions corpo-

relles graves, vicie le consentement au contact en cause. Cependant, les accusations mettant en cause la notion d'agression placent les cours devant la tâche complexe d'appliquer des probabilités à des cas individuels afin de déterminer si le risque était important que se produise un résultat qui, en l'espèce, n'a pas eu lieu.

Lorsque le virus n'a pas été transmis, la pensée qu'il aurait pu l'être ne suffit pas à constituer le degré de responsabilité criminelle correspondant à des voies de fait graves ou à une agression sexuelle grave.

Nous posons l'idée que la Cour suprême dispose d'une possibilité plus radicale, celle de rejeter l'analyse axée sur l'agression qui a été établie dans *Cuerrier*, comme étant inutilisable, et de déplacer le point de mire vers le préjudice que cause la transmission. La Cour pourrait reconsidérer la question de savoir si l'omission de divulguer a bel et bien pour effet de vicier le consentement au rapport sexuel. Quels types de tromperies constituent de la fraude? D'une part, on peut adopter une approche très large, comme l'a fait la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Cuerrier*, où une tromperie qui donne lieu à un consentement constitue une fraude et vicie le consentement. En

vertu de cette approche, si un homme a dit à une femme qu'il était célibataire alors qu'il était marié, et que son affirmation avait conduit au consentement, son mensonge constituerait une fraude qui a vicié le consentement. Une approche large peut être souhaitable dans les cas d'agression sexuelle, en général, pour protéger les femmes contre la violence sexuelle et la coercition.

D'autre part, on pourrait appliquer une approche plus étroite qui ne limite le consentement que dans les cas où la fraude porte précisément sur l'élément auquel le plaignant a consenti. Par exemple, dans *R v. Crangle*,⁴² l'accusé était le frère jumeau identique du petit ami de la plaignante. Lorsqu'il a commencé à avoir un rapport sexuel avec elle, elle croyait être avec son petit ami. Cette tromperie touchait l'essence même du rapport sexuel : la plaignante était consentante à avoir des rapports sexuels avec A, mais pas avec B. Le genre de tromperie en cause dans la non-divulcation de la séropositive au VIH présente une différence subtile, en comparaison avec la plupart des autres cas de fraude. Dans la non-divulcation de la séropositive au VIH, le plaignant voulait l'activité sexuelle avec l'accusé, quoique pas nécessairement avec une personne séropositive au VIH. L'hypothèse est que si l'accusé est séropositif, il le dévoilera et alors soit le rapport sexuel n'aura pas lieu, soit des mesures de protection seront prises.

Nous sommes d'avis, cependant, que l'on ne peut jamais présumer qu'une personne avec laquelle on a un rapport sexuel est séronégative. Le VIH est le plus transmissible lorsque la charge virale d'une personne est la plus élevée, notamment comme c'est le cas pendant les premières phases

de l'infection, souvent avant que la personne soit informée qu'elle est séropositive.⁴³ Et une proportion alarmante des personnes qui vivent avec le VIH ne sont pas au courant de leur séropositivité.⁴⁴ On ne peut pas, non plus, faire d'évaluation crédible à savoir si une personne est probablement séropositive, à partir d'hypothèses concernant qui contracte le VIH et qui ne le contracte pas. Ainsi, bien qu'il puisse sembler banal de souligner que chaque personne doit se protéger elle-même, cette approche demeure le meilleur moyen d'éviter de contracter le VIH. Nous sommes conscients que certaines personnes ne sont pas en position d'exiger l'utilisation d'un condom, ou de comprendre les risques qu'implique en général l'activité sexuelle. Concernant cette dernière catégorie, il pourrait être affirmé qu'une personne qui ne comprend pas les risques en cause dans l'activité sexuelle n'est pas capable de former un consentement véritable à des rapports sexuels.⁴⁵ En ce qui concerne une personne qui ne peut pas insister en toute sécurité sur l'utilisation d'un condom, nous nous interrogeons sur le caractère volontaire de son consentement, dans un tel contexte.⁴⁶

Si la Cour rejetait l'approche basée sur la fraude, comme étant inutilisable, il serait alors possible de recourir à l'accusation de négligence criminelle causant des lésions corporelles, dans les cas de transmission du VIH. La *mens rea* [intention coupable] en cause est appropriée aux cas de non-divulgence du VIH où, dans la vaste majorité des cas, l'accusé n'avait pas l'intention de transmettre l'infection et, de fait, espère plutôt que le partenaire ne la contracte pas.⁴⁷ Dans une telle situation, la négligence criminelle, qui concerne l'indifféren-

ce insouciant ou téméraire, à l'égard de la sécurité d'autrui, semble appropriée au caractère risqué de l'activité. Cette accusation ne s'appliquerait que dans les cas où l'infection a été transmise, puisque le droit criminel canadien ne sévit pas pour négligence criminelle, en soi, sans la preuve de préjudice corporel ou le décès. Cette accusation retirerait le point de mire du caractère sexuel du préjudice, pour le placer sur l'activité délibérément risquée de la part de l'accusé. La question plus difficile consiste à savoir quelle accusation pourrait être appropriée lorsqu'il n'y a pas eu transmission de l'infection. De notre point de vue, de tels cas ne devraient engager des poursuites que s'il y a chez une personne une tendance à la non-divulgence dans le contexte de rapports sexuels non protégés. La nuisance publique est une possibilité; cette disposition criminalise le fait de mettre en danger « la vie, la sécurité ou la santé du public » en commettant un acte illégal ou en omettant d'accomplir une obligation légale.⁴⁸ Cette accusation n'est pas exempte de problèmes, et les cours devraient encore établir des limites quant au degré de risque qui suffit à constituer une mise en danger pour le public.⁴⁹

Nous ne prétendons pas pouvoir résoudre cette question difficile par une analyse de jurisprudence. Nous cherchons plutôt à soulever la possibilité que l'approche de l'agression sexuelle ne soit pas la seule manière d'aborder l'enjeu. Ce qui ressort clairement d'un examen des diverses dispositions du Code criminel est qu'aucune d'entre elles n'a été conçue pour s'appliquer à la non-divulgence d'une infection transmissible sexuellement. Le Code criminel comportait une disposition sur ce point particulier, promulguée

en 1919,⁵⁰ qui créait une infraction punissable par procédure sommaire de la transmission à autrui d'une maladie vénérienne, consciemment ou par négligence coupable. Cette disposition a été abrogée en 1985, ironie du sort, quelques années avant la première poursuite au Canada pour la non-divulgence de la séropositivité au VIH. En 1984, le Comité fédéral Badgely avait recommandé, pour remplacer cette disposition, un renforcement des lois provinciales sur la santé, des critères plus efficaces pour le diagnostic, et des améliorations à la recherche ainsi qu'à l'éducation du public.⁵¹ En 1985, le Comité Fraser a conclu lui aussi que la disposition était « désespérément désuète, par les hypothèses étiologiques qu'elle pose » et qu'elle « ne tient manifestement pas compte du savoir moderne ni des pratiques en matière de maladies transmissibles sexuellement » [trad.].⁵² Nous craignons que l'infection à VIH ait été ciblée particulièrement, par un traitement spécial, alors que d'autres infections sont plus facilement transmissibles sexuellement. Pourquoi les poursuites concernant le VIH augmentent-elles, en fréquence ainsi qu'en sévérité, alors que notre capacité de gestion clinique de l'infection à VIH, et que la prévention de la transmission en présence d'un traitement antirétroviral efficaces, se sont améliorées de manière si radicale?

Quelle que soit l'infraction que la Cour suprême décidera d'appliquer dans ce contexte, il est impératif que les procureurs généraux des provinces et territoires envisagent sérieusement de développer des lignes directrices complètes sur les poursuites, à l'instar de l'Angleterre et du Pays de Galles.⁵³ Compte tenu des dangers de criminaliser excessivement la non-divulgence — notam-

ment l'incitation à éviter le test du VIH, et l'éloignement des personnes vivant avec le VIH du recours à des soins de santé et à des services sociaux, par crainte de poursuites criminelles — et des dangers de marginaliser davantage les personnes vivant avec le VIH, des lignes directrices devraient concourir à limiter les poursuites aux cas où la force grossière du droit criminel est absolument nécessaire pour dissuader ou contenir l'individu.

Nécessité de prudence dans le contexte particulier des poursuites pour non-divulgence

Le dernier enjeu que nous mettons en relief est le fait que la dynamique politique et sociale des poursuites pour non-divulgence de la séropositivité au VIH fait en sorte que la prudence est de mise. La Couronne, dans les documents soumis à la Cour suprême dans les appels des jugements dans *Mabior* et *D.C.*, demande que l'arrêt *R c. Ewanchuk*⁵⁴ soit utilisé afin de modifier la règle établie dans *Cuerrier* et d'exiger un consentement pleinement éclairé, en l'absence duquel toute omission de divulgation constituerait une agression sexuelle grave.

La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ewanchuk* a été une importante victoire pour les femmes, dans le contexte de l'agression sexuelle, par la réaffirmation de l'importance d'évaluer le consentement dans la perspective de la plaignante, et de l'importance de l'autonomie dans les décisions d'ordre sexuel. Nous nous inquiétons cependant qu'une expansion de l'arrêt *Ewanchuk* au contexte du VIH fasse fi du contexte particulier des poursuites pour non-divulgence de la séropositivité au VIH, de même que

de la stigmatisation et des préjugés résultant d'une criminalisation excessive visant les personnes vivant avec le VIH. Il convient de faire preuve d'une prudence particulière, dans le recours au droit pénal ne visant que des membres d'un groupe marginalisé, et nous devons nous demander quels autres mécanismes (par exemple, les lois en matière de santé publique) sont mieux adaptés pour répondre à ce problème social complexe. Nous invitons les tribunaux à aborder les cas de non-divulgence comme étant un contexte particulier, et non une occasion d'élargir de manière générale le crime d'agression sexuelle.

Il est impératif que les procureurs généraux des provinces et territoires envisagent sérieusement de développer des lignes directrices complètes sur les poursuites.

Comme l'a constaté la Cour suprême, l'agression sexuelle est généralement un crime hautement sexospécifique. Plus de 97 % des accusés sont des hommes⁵⁵ et environ 85 % des plaintes viennent de femmes.⁵⁶ Certains groupes de femmes ont un risque plus élevé d'être agressées sexuellement, notamment les femmes qui pratiquent la prostitution,⁵⁷ les femmes qui ont un handicap⁵⁸ et les femmes autochtones.⁵⁹

La proportion des déclarations de culpabilité dans des affaires d'agression sexuelle est très faible, en raison notamment du fait que les allégations de violence sexuelle sont souvent accueillies avec méfiance.⁶⁰

La dimension sexospécifique est moins claire dans le cas de poursuites pour non-divulgence de la séropositivité, et il s'agit d'un élément que l'on ne commence qu'à comprendre. Les personnes visées par des accusations pour non-divulgence, au Canada, sont en disproportion des hommes.⁶¹ Une récente analyse a conduit à estimer que 91 % des accusés de non-divulgence de leur séropositivité sont des hommes.⁶² Dans l'ensemble, 65 % des personnes au Canada contre qui des accusations sont portées sont des hommes qui ont omis de divulguer leur séropositivité à des femmes, mais nous assistons possiblement à une augmentation du nombre d'accusations contre des hommes qui ont des rapports sexuels avec des hommes.⁶³ Cependant, cela ne semble pas être un reflet des taux réels dans la communauté. Il semble en effet que les hommes taisent leur séropositivité davantage que les femmes, mais les indices à cet effet sont pour le moins ambigus et ils ne constituent pas une explication de la prépondérance des plaintes venant de femmes.

Les variations en termes de divulgation, selon la race, le sexe et l'âge, conduisent à des constats mitigés. On a observé que les blancs et les hispaniques sont plus susceptibles que les afro-américains de dévoiler leur séropositivité, alors que d'autres recherches indiquent que la race et l'appartenance ethnique n'ont pas d'influence. Bien que Stein et coll. aient observé que les femmes sont plus susceptibles de dévoiler leur séropositivité que les hommes, la plupart

des recherches qui ont été effectuées portent à croire que le sexe n'est pas un facteur pertinent à la divulgation de la séropositivité au partenaire. Un plus jeune âge semble associé à un taux de divulgation plus élevé. D'autres chercheurs ont toutefois documenté une relation entre le jeune âge et la non-divulgation.⁶⁴

Nous sommes d'avis que les poursuites pour non-divulgation de la séropositivité au VIH se situent de manière disproportionnée dans un contexte hétérosexuel. Ceci est peut-être surtout révélateur de la valeur accordée à certains plaignants potentiels, en matière de non-divulgation, plutôt qu'à des accusés potentiels. La police et les procureurs ont peut-être tendance à considérer les femmes comme étant victimes d'agression sexuelle (à l'opposé des hommes gais). Dans la même veine, il existe peut-être dans la communauté gaie une éthique différente en ce qui concerne le dépôt de plaintes pour non-divulgation, en raison d'attitudes à l'égard de la police et du système judiciaire, ou peut-être en raison d'une plus grande acceptation de la notion de responsabilité partagée en ce qui a trait à la prévention de la transmission du VIH, dans cette communauté. La proportion de déclarations de culpabilité en lien avec la non-divulgation est beaucoup plus élevée qu'en ce qui concerne l'agression sexuelle en général,⁶⁵ possiblement parce que les personnes vivant avec le VIH ont moins de chances d'être considérées dignes de foi que celles qui portent plainte pour agression sexuelle; ainsi, les cas sont fréquents où l'intimé plaide coupable, possiblement à cause de la publicité qu'occasionnent de tels procès, et du stigmate conséquent.

L'impact d'un excès de criminalisation de la non-divulgation de la séropositivité a des répercussions pour les femmes, en tant que potentielles plaignantes et potentielles accusées.⁶⁶ Jusqu'ici, la jurisprudence concerne surtout les femmes en tant que plaignantes séronégatives qui ont un potentiel de contracter l'infection à VIH de leur partenaire qui ne leur dévoile pas sa séropositivité. Mais des femmes séropositives sont parfois touchées aussi par cette problématique. L'affaire *D.C.* en illustre la complexité : quatre années ont passé entre le moment où le plaignant a découvert la non-divulgation et le moment où des accusations ont été portées contre D.C. — et cela, après que D.C. ait porté plainte contre son partenaire pour violence conjugale. Les femmes qui font partie d'une relation où l'inégalité est accrue, par exemple celles qui ont un handicap ou qui sont aux prises avec un contexte de violence domestique, peuvent rencontrer des obstacles particuliers à la divulgation de leur séropositivité à leur partenaire sexuel ou à insister pour qu'il porte un condom. Il existe en outre un potentiel alarmant d'accusation contre des femmes pour la transmission du VIH à leur bébé lors de l'accouchement ou de l'allaitement.⁶⁷

La plus grande différence entre le contexte de la non-divulgation et celui d'autres infractions à caractère sexuel réside peut-être dans le fait que toute personne accusée de non-divulgation est aux prises avec l'infection à VIH et ainsi fait partie d'un groupe fortement stigmatisé, dans la société canadienne. Les accusations en cause sont directement reliées à leur état de personnes séropositives. Elles ont peut-être elles-mêmes contracté le VIH d'un partenaire qui ne leur avait pas divulgué sa séro-

positivité, ou d'autre manière. Quoiqu'il en soit, elles sont plus susceptibles d'avoir rencontré de la discrimination et d'avoir été rejetées lorsque des gens ont appris qu'elles étaient séropositives. Plusieurs ont peut-être déjà perdu un emploi, des amis, ou un partenaire, après avoir dévoilé leur

La criminalisation de la non-divulgation peut accroître la possibilité de non-divulgation, parce que des personnes vivant avec le VIH pourraient craindre les conséquences de la découverte de leur séropositivité par leurs partenaires antérieurs ou actuels.

séropositivité.⁶⁸ La criminalisation excessive des personnes vivant avec le VIH risque d'aggraver la marginalisation et la stigmatisation. Or la marginalisation contribue au non-dévoilement, plutôt que de le prévenir. Plus les conséquences sociales du dévoilement de la séropositivité seront négatives, moins il y aura de chances qu'il ait lieu. Tant que l'on ne fournira pas aux gens le soutien physique, économique et social nécessaire à ce qu'ils puissent dévoiler leur séropositivité sans craindre pour leur sécurité, il est probable que la non-divulgation demeurera répandue. De fait, la criminalisation de la non-divulgation peut accroître la

possibilité de non-divulgateur, parce que des personnes vivant avec le VIH pourraient craindre les conséquences de la découverte de leur séropositivité par leurs partenaires antérieurs ou actuels.

Conclusion

Au minimum, dans le cadre des appels qu'elle entendra prochainement, la Cour suprême devrait se pencher sur la nécessité de clarté pour la gamme de personnes qui sont concernées par le droit criminel relatif à la non-divulgateur de la séropositivité : les personnes vivant avec le VIH/sida, la police, les procureurs de la Couronne et l'appareil judiciaire. Ces personnes et entités doivent savoir s'il y a obligation légale de divulgation avant des rapports oro-génitaux, avant une pénétration sexuelle avec condom, ou avant une pénétration sexuelle sans condom, pour une personne séropositive dont la charge virale est indétectable. L'appel fournira par ailleurs à la Cour suprême l'occasion de raffiner l'état du droit en ce qui a trait à la criminalisation de la non-divulgateur de la séropositivité au VIH, de manière propice à préserver l'intégrité du droit en matière d'agression sexuelle, en limitant les circonstances où la non-divulgateur de la séropositivité donne lieu à des poursuites criminelles et en identifiant les dispositions du Code criminel qui sont les plus appropriées à ces circonstances.

— Isabel Grant et Jonathan Glenn Betteridge

Isabel Grant est professeure à la Faculté de droit de l'Université de la Colombie-Britannique; Jonathan Glenn Betteridge,

LL.B, B.C.L., est directeur de Jonathan Glenn Betteridge Legal & Policy Consulting, à Toronto. Ils remercient tous deux Laura DeVries pour son assistance à la recherche dans la rédaction de cet article.

¹ *R v. Mabior* (C.L.), 2010 MBCA 93.

² *R c. D.C.*, 2010 QCCA 2289.

³ Eric Mykhalovskiy, Glenn Betteridge et David McLay, *HIV Non-disclosure and the Criminal Law: Establishing Policy Options for Ontario* (Toronto, Ontario HIV Treatment Network, 2010), p. 12 (<http://library.catie.ca/pdf/ATI-20000s/26343.pdf>) [une mise à jour à paraître est en dossier auprès de l'auteur].

⁴ *Ibid.*, p. 13.

⁵ Agence de la santé publique du Canada, *Actualités en épidémiologie du VIH/sida*, juillet 2010 (Ottawa, Centre de la lutte contre les maladies transmissibles et les infections, Agence de la santé publique du Canada, 2010) [Agence de la santé publique du Canada, *Actualités en épidémiologie du VIH/sida*], accessibles via www.phac-aspc.gc.ca.

⁶ *R c. Cuerrier*, [1998] 2 RCS 371.

⁷ *R v. Mabior*, [2010] CSCR No 492; *R v. D.C.*, [2011] CSCR No 137.

⁸ Mémoire de la Couronne dans la demande d'appel à la CSC relativement à *Mabior*, au par. 10.

⁹ *R v. Mabior*, 2008 MBQB 201.

¹⁰ *Ibid.*, au par. 55.

¹¹ *Mabior*, *supra* note 1, au par. 88.

¹² *Ibid.*, au par. 87.

¹³ *Ibid.*, au par. 92.

¹⁴ *Ibid.*, au par. 92.

¹⁵ *Ibid.*, au par. 97.

¹⁶ *Ibid.*, au par. 104.

¹⁷ *Ibid.*, au par. 152. La Cour d'appel du Québec a réitéré cette demande (*D.C.*, *supra* note 2, au par. 121).

¹⁸ *R c. D.C.*, 2008 QCCQ 629.

¹⁹ *R c. Williams*, 2003 CSC 41.

²⁰ *D.C.*, *supra* note 2, au par. 76.

²¹ *Ibid.*, au par. 78, citant *Cuerrier*, *supra* note 6, au par. 127.

²² *Ibid.*, aux par. 100, 115–117.

²³ *Ibid.*, au par. 118.

²⁴ *Ibid.*, aux par. 102–114.

²⁵ *Ibid.*, au par. 120.

²⁶ *Mabior*, *supra* note 1 au par. 156.

²⁷ *Ibid.*, au par. 154.

²⁸ *Ibid.*, au par. 64.

²⁹ *Ibid.*, au par. 151.

³⁰ *Ibid.*, au par. 59.

³¹ *Ibid.*, au par. 92.

³² *Ibid.*, au par. 97.

³³ *Ibid.*, au par. 92.

³⁴ *Ibid.*, aux par. 112–113.

³⁵ Voir, p. ex., HIV Prevention Trials Network, « Initiation of Antiretroviral Treatment Protects Uninfected Sexual Partners from HIV Infection (HPTN Study 052) », (communiqué du 12 mai 2011) accessible via www.hptn.org; « HIV treatment as prevention — it Works », éditorial, *Lancet* (21 mai 2011) 377 : 9779, p. 1719; J. Del Romero et coll., « Combined Antiretroviral Treatment and Heterosexual Transmission of HIV-1: Cross Sectional and Prospective Cohort Study », (2010) 340 *British Medical Journal* c2205; D. Donnell et coll., « Heterosexual HIV-1 Transmission After Initiation of Antiretroviral Therapy: A Prospective Cohort Analysis », (2010) 375 *Lancet* 2092.

³⁶ *R v. Wright*, 2009 BCCA 514.

³⁷ Des accusations de tentative de meurtre sont parfois déposées, mais cela requiert une intention de causer la mort, ce qui peut s'avérer difficile à prouver dans le contexte de la non-divulgateur.

³⁸ *Williams*, *supra* note 19. Lorsque la Couronne est incapable de prouver ce fait, le verdict sera de tentative d'agression sexuelle grave. Voir aussi Isabel Grant, « The Prosecution of Non-Disclosure of HIV in Canada: Time to Rethink *Cuerrier* », (2011) 5(1) *McGill Journal of Law and Health* 7, p. 48.

³⁹ Grant, « Time to Rethink *Cuerrier* ».

⁴⁰ L'un de nous a affirmé, ailleurs, qu'en l'absence de divulgation, l'accusé devrait porter le risque que la transmission ait lieu : voir Grant, « Time to Rethink *Cuerrier* », aux p. 49, 58–59.

⁴¹ Par exemple, en Nouvelle-Zélande, il existe trois niveaux possibles de responsabilité : l'article 201 de la *Crimes Act* s'applique si le virus est transmis intentionnellement; l'art. 188 s'il est transmis en conséquence d'une attitude insouciant; et l'art. 145 en l'absence de transmission (*Crimes Act* (NZ), 1961/43). Seulement trois des neuf ressorts de l'Australie criminalisent l'exposition sans transmission; de ceux-ci, deux ont recours à des accusations différentes en cas d'exposition ou de transmission (*Crimes Act 1958* (Vic), art. 22–23; *Criminal Law Consolidation Act 1935* (SA) art. 29; *Criminal Code* (NT), art. 174C, 174D). Les six autres ressorts n'intentent pas de poursuites s'il n'y a pas eu transmission de l'infection. Voir Grant, « Time to Rethink *Cuerrier* », *supra* note 38, aux p. 36–42, pour plus de détails.

⁴² R v. *Crangle*, 2010 ONCA 451.

⁴³ Voir, p. ex., Maria J. Wawer et coll., « Rates of HIV-1 Transmission per Coital Act, by Stage of HIV-1 Infection, in Rakai, Uganda », (2005) 191:9 *Journal of Infectious Diseases* 1403, à la p. 1408; Gary Marks, Nicole Crepez et Robert S. Janssen, « Estimating Sexual Transmission of HIV from Persons Aware and Unaware That They are Infected with the Virus in the USA », (2006) 20:10 *AIDS* 1447; Bluma G. Brenner et coll., « High Rates of Forward Transmission Events After Acute/Early HIV-1 Infection », (2007) 195:7 *Journal of Infectious Diseases* 951. Marks et coll. ont observé que, après ajustement en fonction des différences de taille des populations, le taux de transmission du VIH était de 3,5 fois plus élevé dans le groupe de personnes non informées de leur séropositivité, en comparaison avec les personnes informées de leur séropositivité.

⁴⁴ À la fin de 2008, on estimait à 65 000 le nombre de personnes vivant avec le VIH (incluant le sida) au Canada. De ce nombre, approximativement 16 900, soit 26 %, n'étaient pas informées de leur séropositivité. Voir Agence de la santé publique du Canada, *Actualités en épidémiologie du VIH*, supra note 5.

⁴⁵ Janine Benedet et Isabel Grant, « Hearing the Sexual Assault Complaints of Women with Mental Disabilities: Consent, Capacity and Mistaken Belief », (2007) 52 *McGill Law Journal* 243; Janine Benedet et Isabel Grant, « Sexual Assault of Women with Mental Disabilities: A Canadian Perspective », dans Claire McGlynn et Vanessa Munro (éd.), *Rethinking Rape Law: International and Comparative Perspectives* (London, Routledge, 2010) 322.

⁴⁶ Voir, p. ex. R v. *Stender*, (2004) 188 CCC (3d) 514 (Ont CA), conf. dans 2005 CSC 36.

⁴⁷ Lorsqu'il y a intention de transmettre l'infection, il est approprié de porter une accusation plus sérieuse.

⁴⁸ Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 180(1).

⁴⁹ Des tribunaux ont exprimé des avis mitigés, à savoir si le fait de causer un risque de transmission à une personne suffit à satisfaire l'exigence de mise en danger du public. Voir R v. *Ssenyonga*, (1992) 73 CCC (3d) 216, au par. 42, affirmant que le critère n'est pas rencontré, et R v. *Williams*, (2000) 189 Nfld et PEIR 156 (Nfld Sup Ct); R v. *Williams*, 2001 N.F.C.A. 52, aux par. 88-89, à l'effet que la non-divulgation à un individu pourrait être considérée comme mettant en danger le public. Cette question n'a pas été abordée par la Cour suprême du Canada dans *Williams*, supra note 19.

⁵⁰ Code criminel, L.C. 1919, c. 46, art. 316A, abrogé par la *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, S.C. 1985, ch. 19, art. 42.

⁵¹ Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants : Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes*, Ottawa, ministère des Approvisionnement et Services, 1984, p. 25.

⁵² Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution, *La pornographie et la prostitution au Canada*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985, p. 556.

⁵³ La Colombie-Britannique consacre, dans sa Crown Policy [recueil des politiques de la Couronne] une section aux maladies transmises sexuellement; on y met toutefois l'accent sur le partage d'information, et la déclaration de cas, entre le système de justice criminelle et celui de la santé publique. Voir Criminal Justice Branch, Minister of Attorney General, *Crown Counsel Policy Manual* (2007), (www.ag.gov.bc.ca/prosecution-service/policy-man/pdf/SEX2-SexuallyTransmittedDiseases-16May2007.pdf). À l'opposé, les lignes directrices en Angleterre et au Pays de Galles, ont une large portée. En plus d'établir l'approche générale et les considérations de politiques que les procureurs de la Couronne ont à prendre en considération, elles incluent des orientations particulières relatives aux types d'éléments de preuve que la Couronne doit considérer à l'étape du tri des accusations, des questions relatives aux plaignants et témoins, de même que des procédures internes pour la prise de décision dans des cas individuels.

⁵⁴ R c. *Ewanchuk*, [1999] 1 RCS 330.

⁵⁵ Shannon Brennan et Andrea Taylor-Butts, *Les agressions sexuelles au Canada, 2004 et 2007*, Ottawa, Centre canadien de la statistique juridique, 2008.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Pour des discussions récentes, voir Janice Du Mont et Margaret J. McGregor, « Sexual Assault in the Lives of Urban Sex Workers: A Descriptive and Comparative Analysis », (2004) 39 *Women and Health* 79; Christine M. Sloss et Gary M. Harper, « Legal Service Needs and Utilization of Women Who Trade Sex », (2010) 7 *Sexuality Research and Social Policy* 229.

⁵⁸ Benedet et Grant, « Consent, Capacity and Mistaken Belief », supra note 45.

⁵⁹ Par exemple, voir Diane K. Bohn, « Lifetime Physical and Sexual Abuse, Substance Abuse, Depression, and Suicide Attempts Among Native American Women », (2003) 24 *Issues in Mental Health Nursing* 333. Les femmes autochtones du Canada signalent être victimes de crimes violents (agression sexuelle, vol qualifié, voies de fait) à des taux presque trois fois plus élevés que

les femmes non autochtones : Shannon Brennan, « La victimisation avec violence chez les femmes autochtones dans les provinces canadiennes, 2009 », (Ottawa, Centre canadien de la statistique justice, 2011), accessible via www.statcan.gc.ca.

⁶⁰ Alison Symington, « HIV Exposure as Assault: Progressive development or misplaced focus? », dans Elizabeth Sheehy (dir.), *Sexual Assault Law, Practice and Activism in a Post-Jane Doe Era* (Ottawa, University of Ottawa Press, 2011) [à paraître; voir www.ruor.uottawa.ca/en/handle/10393/19876], p. 24.

⁶¹ Grant, « Time to Rethink *Cuerrier* », supra note 38.

⁶² Mykhalovskiy, Betteridge et McLay, *HIV Non-disclosure and the Criminal Law*, supra note 3, p. 10.

⁶³ Ibid., p. 11.

⁶⁴ E. Mayfield Arnold et coll., « HIV Disclosure Among Adults Living with HIV », (2008) 20 *AIDS Care* 80, (références omises). Cette étude traite de la divulgation dans divers contextes, et pas seulement à un partenaire sexuel.

⁶⁵ Au Canada, 68 % des affaires relatives à la non-divulgation se soldent par une déclaration de culpabilité : Mykhalovskiy, Betteridge et McLay, *HIV Non-disclosure and the Criminal Law*, supra note 3, p. 13. Cette proportion est de deux à trois fois celle observée plus généralement pour des infractions à caractère sexuel : Kong et coll., *Les infractions sexuelles au Canada* (Ottawa, Centre canadien de la statistique juridique, 2003), accessible via www.statcan.gc.ca.

⁶⁶ Voir Patricia Allard, Cécile Kazatchkine et Alison Symington, « Criminal Prosecutions for HIV Non-disclosure: Protecting Women from Infection or Threatening Prevention Efforts? », dans Jacqueline Gahagan (dir.), *Women and HIV Prevention in Canada: The Past, The Present and the Future — Implications for Research, Policy and Practice* (Toronto, Canadian Scholars' Press, 2012) [à paraître, article en dossier auprès des auteurs].

⁶⁷ Voir, p. ex., R v. *Ifejika*, 2006 ONCJ 356 (dans cette affaire, à Hamilton, où une femme s'est vue retirer de manière permanente la garde de ses enfants et a été déclarée coupable de ne pas avoir fourni les nécessités de la vie à son nouveau-né, au motif que, après avoir suivi les avis médicaux pendant sa première grossesse, lors de son deuxième accouchement elle n'a pas mentionné à ses médecins qu'elle était séropositive au VIH; elle a été condamnée à une peine d'emprisonnement de 6 mois avec sursis et à trois années de probation).

⁶⁸ Arnold et coll., « HIV Disclosure », supra note 64.

DÉVELOPPEMENTS AU CANADA

On trouve sous cette rubrique de brefs comptes-rendus de développements dans la législation, les politiques et la défense des droits en lien avec le VIH/sida au Canada. (Les affaires canadiennes confiées à des cours ou à des tribunaux des droits de la personne sont sous la rubrique *Le VIH devant les tribunaux — Canada.*) Les nouvelles rapportées ici sont tirées d'information portée à notre connaissance par des correspondants au Canada ou notée lors de survols des médias. Les lecteurs sont invités à signaler des sujets et développements à Alison Symington (asymington@aidslaw.ca), analyste principale des politiques au Réseau juridique canadien VIH/sida et rédactrice en chef de la présente section. Sauf indication contraire, les articles de la section dans le présent numéro ont été rédigés par Mme Symington.

Un blocage au Sénat déraille un projet de loi pour rectifier la loi du Canada sur l'accès à des médicaments génériques abordables pour les pays en développement

Le 26 mars 2011, à la dissolution du Parlement pour l'élection fédérale, le Projet C-393 est mort au feuilleton. Il rectifiait des lacunes dans le Régime canadien d'accès aux médicaments (RCAM), supposé faciliter l'exportation de médicaments à moindre coût, y compris des traitements contre le VIH, dans des pays en développement.

Le RCAM a été créé à l'unanimité par le Parlement en 2004. Il permet l'octroi de licences obligatoires sur

des produits pharmaceutiques brevetés au Canada, en vue de l'exportation de versions génériques moins

coûteuses vers des pays en développement admissibles. Une licence obligatoire est une autorisation légale

à une autre partie que la société pharmaceutique détentrice de brevet de fabriquer un produit et, dans le cas du RCAM, de l'exporter à des pays désignés. En échange, la société détentrice de brevet reçoit des redevances. En contrecarrant le monopole des détenteurs de brevets, les licences obligatoires favorisent la concurrence de marché, donc une diminution des prix.

Dans les cas où elle a été possible, cette forme de concurrence mondiale a entraîné une importante baisse des prix de médicaments anti-sida pour les pays en développement. Or, plus de sept ans après sa création, le RCAM n'a été utilisé qu'une seule fois, par un seul fabricant générique, pour produire une commande d'une combinaison antirétrovirale à dose fixe à exporter dans un pays (le Rwanda).

De nombreux observateurs ont déploré que le RCAM actuel impose plusieurs exigences superflues aux pays importateurs et aux fabricants génériques canadiens. Ces exigences entravent sa capacité d'apporter une solution rapide et efficace aux crises de santé publique dans le monde en développement.

Des recommandations de réforme sont venues non seulement d'un vaste éventail d'organismes de la société civile et d'experts du droit international, mais aussi de membres du Parlement. En 2007, le Comité sénatorial permanent des affaires étrangères et du commerce international a recommandé que le Canada « [m]odifie le Régime canadien d'accès aux médicaments et la loi qui le régit de manière à accélérer les envois de médicaments en Afrique pour les victimes du VIH/sida ».¹

Plusieurs limites actuelles du RCAM ne sont pas requises en vertu

de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et de la Décision du 30 août 2003 du Conseil général de l'OMC, sur laquelle se fonde le RCAM.

En 2009, les Projets de loi S-232 et C-393 ont été déposés respectivement au Sénat et à la Chambre des communes, chacun proposant des réformes identiques afin de simplifier le RCAM.² Ces projets de loi visaient à simplifier le processus de licence obligatoire en abolissant plusieurs limites du RCAM. Au cœur des amendements proposés figurait l'introduction d'une « solution à licence unique » permettant à un fabricant générique d'obtenir une seule licence pour un produit pharmaceutique donné. En vertu de cette approche, une licence ne serait pas limitée à l'exportation d'une quantité « maximale » fixe d'un produit (précisée à l'avance dans la demande de licence), à un seul pays admissible. Elle permettrait plutôt au fabricant générique d'exporter le produit dans tout pays admissible en vertu de la loi, selon les quantités nécessaires au fil du temps.

Les réformes proposées dans les Projets de loi S-232 et C-393 auraient fait en sorte que les fabricants génériques n'aient pas à tenter d'abord d'obtenir une licence volontaire du détenteur de brevet, mais qu'ils demandent directement au Commissaire aux brevets une licence obligatoire pour l'exportation d'un produit spécifique. Toute licence octroyée aurait été non transférable (i.e., n'autorisant l'exportation que par le fabricant générique qui l'a obtenue) et non exclusive (i.e., d'autres fabricants génériques auraient pu demander des licences).

La société pharmaceutique détentrice du brevet aurait conservé le droit de fabriquer son produit original; toutefois, elle aurait été confrontée à la concurrence de fabricants autorisés à produire des versions génériques moins coûteuses.

Les réformes proposées au RCAM auraient élargi la définition des « produits pharmaceutiques » pouvant être exportés à des pays admissibles, afin qu'elle se rapproche de la définition négociée à l'OMC.³ Elles auraient aussi éliminé la durée limite de 2 ans d'une licence. Les réformes proposées respectaient les obligations du Canada en vertu de l'OMC et étaient entièrement conformes à l'Accord sur les ADPIC.⁴

Les sénateurs Yoine Goldstein et Sharon Carstairs ont parrainé le Projet de loi S-232 en mars 2009; il a franchi l'étape de la seconde lecture et a été confié au Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, pour examen, en octobre 2009. Toutefois, l'examen a été interrompu par la prorogation du Parlement, en décembre 2009, puis le Projet de loi S-232 est mort au feuillet.

En mai 2009, le Projet de loi C-393 a été déposé à la Chambre des communes par Mme Judy Wacylycia-Leis, alors députée; il a franchi de justesse la seconde lecture en décembre. À titre de projet de loi d'initiative parlementaire, il a survécu à la prorogation du Parlement et a été confié au Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes, qui en a amorcé l'examen en octobre 2010. Une mince majorité (d'un vote) des membres du comité a convenu d'éliminer plusieurs amendements clés du projet de loi, y compris la « solution à licence unique » et la

définition amendée de « produit pharmaceutique ».

À ce stade, Mme Wacylycia-Leis avait quitté le Parlement et le projet de loi avait besoin d'un nouveau parrain pour poursuivre son parcours. En janvier 2011, quelque 25 000 Canadiens-nes ont signé une pétition lancée par le Réseau juridique canadien VIH/sida et l'organisme de plaidoyer international Avaaz, exhortant le Parlement à accorder un nouveau parrain au projet de loi. Le 2 février, le Parlement a permis au député Paul Dewar de parrainer le Projet de loi C-393. Lors de la dernière heure de débat du projet de loi, le 3 mars, une majorité de la Chambre des communes a rétabli la « solution à licence unique » et la définition élargie de « produit pharmaceutique ». Le 9 mars 2011, le Projet de loi C-393 a été adopté en troisième lecture par une forte majorité de députés — 172 contre 111 — de tous les partis de la Chambre.

Le Projet de loi C-393 a immédiatement été transféré au Sénat, sous le parrainage de la sénatrice Carstairs. Avec l'accord du Sénat, le projet de loi aurait pu être adopté rapidement. Toutefois, un groupe de sénateurs ont retardé la progression du projet de loi pendant quatre jours consécutifs, en répétant les points de discussion d'un mémo disséminé à tous les sénateurs du Parti conservateur par le ministre de l'Industrie Tony Clement, qui expliquait l'opposition du gouvernement au projet de loi. Le 26 mars

2011, le Parlement a été dissout pour l'élection fédérale et le Projet de loi C-393 est mort au feuillet.

Commentaire

Il existe encore un besoin criant de médicaments abordables pour traiter le VIH/sida et plusieurs autres maladies, dans le monde en développement. Or, depuis sa création, le RCAM a peu fait pour répondre à ce besoin et il est peu susceptible d'être utile dans l'avenir s'il ne subit pas de réformes substantielles. Un processus simplifié constituerait un puissant incitatif de participation au RCAM pour les fabricants génériques, car il générerait des économies d'échelle et ferait baisser le prix de certains produits; cela permettrait d'aider encore plus de gens avec nos ressources d'aide étrangère limitées, dans le monde en développement.

Les progrès réalisés grâce aux Projets de loi S-232 et C-393 sont dus en grande partie au plaidoyer soutenu du Réseau juridique canadien VIH/sida et de ses partenaires, notamment le Comité national de plaidoyer de la Campagne de grands-mères à grands-mères, les Universities Allied for Essential Medicines, RÉSULTATS Canada, la Coalition interagence sida et développement, les organismes membres du Groupe pour l'accès mondial aux traitements et des milliers de Canadiens-nes préoccupés. La campagne pour rectifier le RCAM devrait se poursuivre avec le dépôt (au Sénat et

à la Chambre des communes) de nouveaux projets de loi très similaires, à la fin de 2011.

— Lindsey América-Simms et
Richard Elliott

Lindsey América-Simms (lsimms@aidslaw.ca) et Richard Elliott (relliott@aidslaw.ca) sont respectivement coordonnatrice du rayonnement et directeur général du Réseau juridique canadien VIH/sida.

¹ Comité sénatorial permanent des affaires étrangères et du commerce international, « Surmonter 40 ans d'échec : nouvelle feuille de route pour l'Afrique subsaharienne », février 2007, p. 125, accessible à : www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/3911/fore/rep/repafrib07-f.pdf. Signalons que, conformément à l'issue des négociations de l'OMC sur lesquelles il est fondé, le RCAM n'a jamais été et ne devrait pas être limité à une réponse au besoin de médicaments anti-sida en Afrique; il s'applique plus largement à la réponse aux problèmes de santé publique dans un vaste éventail de pays admissibles.

² Voir les mémoires présentés aux comités parlementaires et d'autres documents du Réseau juridique sur les Projets de loi S-232 et C-393, à www.aidslaw.ca/rcam.

³ Paragraphe 1(a) de la Décision de 2003 de l'OMC, août 2003. Accessible à : www.wto.org/french/tratop_ff/trips_ff/implem_para6_f.htm.

⁴ Réforme du Régime canadien d'accès aux médicaments (RCAM) : le Projet de loi C-393 ou comment trouver une solution rapide, Conclusions d'une consultation d'experts internationaux réunis par le Programme des Nations Unies pour le développement et le Réseau juridique canadien VIH/sida (New York, février 2010). Accessible à : www.aidslaw.ca/publications/publicationsdocFR.php?ref=1112.

Ontario — Une étude documente des enjeux liés à l'accès et à la qualité des soins pour les femmes vivant avec le VIH ou vulnérables à l'infection

Une étude sur la santé menée par des chercheurs de l'Hôpital St. Michael's et de l'Institute for Clinical Evaluative Sciences, à Toronto, démontre que malgré les progrès considérables de la prévention et du traitement de l'infection à VIH, des disparités persistent dans l'accessibilité et la qualité des soins pour les femmes, en Ontario.¹ Des réponses ciblées sont requises afin de fournir des soins universels de qualité, dans la province, en particulier pour les femmes plus âgées, les femmes autochtones et les femmes venues de pays où le VIH est endémique.

L'Étude POWER (Project for an Ontario Women's Health Evidence-Based Report) est un projet pluriannuel financé par Écho : pour l'amélioration de la santé des Ontariennes — un organisme du ministère de la Santé et des Soins de longue durée de l'Ontario. Elle vise à produire un rapport provincial complet sur la santé des femmes, examinant les différences sexospécifiques au moyen d'un vaste éventail d'indicateurs fondés sur des données, et les différences entre les femmes selon le statut socioéconomique, l'ethnicité et la géographie.

Publié en juin 2011,² le chapitre sur « L'infection à VIH » examine les tendances de la maladie et les résultats des soins parmi les femmes séropositives au VIH et parmi des groupes spécifiques de femmes vivant avec le VIH ou vulnérables à l'infection. La première section aborde l'incidence, la prévalence et les comportements à risque chez les femmes et les hommes de l'Ontario. La deuxième section présente des indicateurs pertinents aux services

communautaires en matière de VIH, notamment le financement gouvernemental et les mesures de la fourniture et de l'utilisation des services. La section suivante porte sur les soins cliniques; elle décrit des indicateurs du dépistage prénatal du VIH et du traitement des femmes enceintes séropositives au VIH, et des mesures de la qualité de vie, du fardeau des symptômes, du compte de CD4 et de la charge virale. La dernière section sur les résultats de santé fait état des hospitalisations et de la mortalité liées au VIH.

Les principaux constats sont les suivants :

- Plus de 4 700 femmes vivent avec le VIH en Ontario (environ 18 % des personnes vivant avec le VIH en Ontario); la plupart ont contracté le VIH par contact sexuel. Bien que seulement 13 % des infections à VIH parmi les femmes soient attribuables à l'injection de drogue, cela représente une prévalence de 5 % du VIH parmi les femmes qui font usage de drogue par injection.
- Les femmes venues d'un pays où le VIH est endémique composent plus de la moitié du nombre de nouvelles infections à VIH chez les femmes en Ontario.
- Les femmes ont déclaré un taux d'usage du condom inférieur aux hommes. Les hommes et femmes plus jeunes étaient plus susceptibles que les adultes plus âgés d'avoir utilisé un condom lors de leur plus récent rapport sexuel.
- Les femmes qui font usage de drogue par injection signalent des comportements d'injection plus risqués que les hommes, notamment l'injection au moyen de seringues usagées.
- Environ le tiers des clients de services communautaires liés au VIH et près de 40 % des clients de services liés à l'injection de drogue sont des femmes.
- La qualité de vie liée à la santé est moins bonne parmi les adultes vivant avec le VIH que dans la population générale, en particulier en ce qui a trait à la santé mentale.

- Les femmes vivant avec le VIH ont signalé un plus lourd fardeau de symptômes que les hommes, notamment en termes de fatigue, de nervosité, de douleur et de tristesse.
- Une importante proportion de patients ne passent pas de test de la charge virale peu après leur diagnostic de VIH, et environ une personne séropositive sur 5 qui reçoit des soins pour le VIH en Ontario n'a pas eu de test de la charge virale, en dépit des lignes directrices de soins cliniques.
- Les femmes sont moins susceptibles que les hommes d'avoir une charge virale indétectable.
- Le taux de mortalité liée au VIH est plus élevé chez les hommes et les femmes nés en Afrique subsaharienne.³

L'un des enjeux examinés dans la section sur les soins cliniques est le dépistage prénatal du VIH et le traitement des femmes enceintes séropositives au VIH. Les données révèlent que, en 2009, 95 % des femmes enceintes ontariennes ont été testées pour le VIH et que, parmi celles-ci, 28 ont reçu un résultat positif.⁴ Ce taux élevé de dépistage et la diminution marquée du nombre de nouveau-nés séropositifs au VIH, en Ontario, démontrent le succès de l'intervention coordonnée et des lignes directrices de pratique clinique sur la prévention de la transmission périnatale. On note toutefois l'absence de données systématiques sur le nombre de femmes testées sans consentement entièrement éclairé et sur la prévalence du VIH parmi les femmes enceintes qui ne reçoivent pas de soins prénataux.⁵

Les auteurs du chapitre sur « L'infection à VIH » formulent six

messages clés, accompagnés d'actions suggérées pour accélérer la réduction du fardeau de l'infection à VIH, améliorer les résultats de santé parmi les femmes et les hommes vivant avec le VIH, et réduire les iniquités de santé liées au VIH :

- Des données plus complètes et des liens plus adéquats sont requis pour mesurer d'importants indicateurs de qualité.
- Des efforts de prévention ciblés sont requis pour certains groupes, notamment les Autochtones et les femmes plus âgées.
- Le taux de test du VIH pendant la grossesse est élevé parmi les femmes qui reçoivent des soins prénataux. Des questions persistent, quant aux femmes qui ne reçoivent pas de soins, et à la qualité du consentement.
- Les efforts de prévention semblent efficaces parmi les personnes qui font usage de drogue par injection, mais des interventions ciblées sont requises pour les femmes de ce groupe.
- D'importantes lacunes devraient être comblées quant à l'accès et à la qualité des soins en matière de VIH.
- Malgré un traitement efficace, certaines personnes vivant avec le VIH éprouvent de nombreux symptômes et ont une qualité de vie réduite, en particulier les femmes, les personnes qui font usage de drogue par injection et les personnes moins scolarisées.⁶

Commentaire

Le chapitre sur « L'infection à VIH » documente des iniquités fondamentales dans l'accès aux traitements, la qualité des soins et les efforts de prévention — des différences souvent

liées aux déterminants sociaux de la santé. Il révèle aussi des différences géographiques dans la nature de l'épidémie en Ontario, et la diversité des besoins et des impacts parmi certaines populations, notamment les Autochtones, les personnes plus âgées, les immigrants récents de pays où le VIH est endémique, et les personnes qui font usage de drogue par injection. Comme l'illustre clairement ce rapport, il existe des différences de santé majeures entre les femmes et les hommes, et entre des groupes spécifiques de femmes. Cette étude fournit d'importantes orientations de politiques et de programmes, afin de répondre efficacement au VIH en Ontario et d'assurer le respect du droit à la santé de toutes les personnes vivant avec le VIH ou vulnérables à l'infection, dans la province.

— Eli Arkin et Alison Symington

¹ A.M. Bayoumi et coll., « HIV Infection », dans A.S. Bierman (éd.), *Project for an Ontario Women's Evidence-Based Report*, volume 2, 2011.

² Voir www.powerstudy.ca.

³ « HIV Infection Highlights Document ». Accessible à : www.powerstudy.ca/the-power-report/hiv-infection.

⁴ A.M. Bayoumi et coll., p. 50.

⁵ « HIV Infection Highlights Document », supra.

⁶ A.M. Bayoumi et coll., « HIV Infection », p. 102–104.

Des études confirment l'efficacité de la réduction des méfaits pour les personnes qui s'injectent des drogues

Trois récentes études ont fourni des preuves supplémentaires de l'efficacité des initiatives de réduction des méfaits pour réduire l'incidence du VIH parmi les utilisateurs de drogue par injection (UDI).

Un rapport du bureau du médecin hygiéniste de la Colombie-Britannique, intitulé *Decreasing HIV Infections among People Who Use Drugs by Injection in British Columbia*, a examiné la diminution substantielle du nombre de nouveaux cas de VIH parmi les UDI de la province depuis le milieu de 2007.¹ On y résume la discussion d'un groupe de travail d'experts composé de médecins hygiénistes, d'employés de la santé publique, de représentants de la communauté des UDI et de spécialistes en matière d'usage de drogues, de réduction des méfaits et de traitement du VIH.

Les facteurs pouvant expliquer cette baisse incluent l'administration plus répandue de la thérapie antirétrovirale fortement active (HAART), qui réduit la charge virale, donc le risque de transmission du VIH. Une autre raison pourrait être l'évolution des tendances de l'usage de drogue, notamment une hausse de l'inhalation de crack (qui comporte un risque de transmission du VIH moindre que l'injection). Un troisième facteur possible est l'impact des programmes de prévention du VIH, notamment des programmes de réduction des méfaits comme l'échange de seringues et l'entretien à la méthadone.²

Au Québec, une étude dirigée par la D^{re} Julie Bruneau a examiné l'inci-

dence du VIH et les comportements à risque ainsi que l'association entre les programmes d'échange de seringues et la séroconversion, parmi des UDI du quartier Saint-Luc de Montréal. L'étude de cohorte prospective a suivi 2 137 UDI séronégatifs, de 1992 à 2008.³ Les résultats de l'étude révèlent un déclin de l'incidence du VIH parmi les UDI pendant cette période, déclin qui a quadruplé après 2000 — année de l'expansion des programmes d'échange de seringues, dans la communauté — ce qui suggère que la mise à l'échelle des programmes de prévention du VIH pourrait avoir joué un rôle central.⁴

Les résultats de l'étude confirment que l'injection de cocaïne, les pratiques d'injection non sécuritaires et les conditions de logement instable sont d'importants catalyseurs de l'épidémie du VIH parmi les UDI.⁵ Ils signalent aussi une diminution considérable de la proportion d'UDI ayant déclaré partager des seringues avec autrui ou avec une personne connue comme étant séropositive au VIH.⁶

Enfin, une étude menée par l'Urban Health Research Initiative du B.C. Centre for Excellence in HIV/AIDS a révélé que le nombre de décès par surdose de drogue a diminué de 35 % dans un rayon de 500

mètres du lieu d'injection supervisée de Vancouver (Insite), depuis son ouverture en 2003.⁷ En comparaison, le nombre de décès par surdose a diminué de seulement 9 % dans le reste de la Ville de Vancouver.⁸ Aucun décès par surdose n'est survenu sur les lieux de l'Insite.

Avec l'aide du Bureau des coroners de la Colombie-Britannique, les chercheurs ont recueilli de l'information sur tous les décès par surdose de drogue survenus à Vancouver entre 2001 et 2005. L'étude indique que les lieux d'injection supervisée sont efficaces pour réduire les décès par surdose dans les communautés où le taux d'injection de drogue est élevé, et que la fermeture de l'Insite occasionnerait probablement de tels décès, alors qu'ils sont évitables.⁹

— Eli Arkin

Eli Arkin (earkin@aidslaw.ca) est chercheur et agent du soutien aux programmes au Réseau juridique canadien VIH/sida.

¹ M. Gilbert et coll., *Decreasing HIV infections among people who use drugs by injection in British Columbia: Potential explanations and recommendations for further action*, Office of the Provincial Health Officer, Colombie-Britannique, mars 2011.

² Ibid. Le rapport mentionne trois autres facteurs pouvant expliquer la tendance : une diminution du recours au test du VIH, des changements populationnels et une

réduction de la transmission sexuelle du VIH, parmi les UDI.

³ J. Bruneau et coll., « Trends in Human Immunodeficiency Virus Incidence and Risk Behaviour among Injection Drug Users in Montreal, Canada: A 16-Year Longitudinal Study », *American Journal of Epidemiology* 173(9) (2011) : p. 1049–58.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ B.D.L. Marshall et coll., « Reduction in overdose mortality after the opening of North America's first medically supervised safer injection facility: A retrospective popula-

tion-based study », *The Lancet* 377(9775), p. 1429–1437, doi : 10.1016/S0140-6736(10)62353-7, 23 avril 2011.

⁸ Urban Health Research Initiative, *Vancouver's Supervised Injection Facility Reduces Overdose Deaths*, Research to Community document, avril 2011 (<http://uhri.cfenet.ubc.ca/images/Documents/fewer-od-deaths.pdf>).

⁹ Ibid.

En bref

Colombie-Britannique — Introduction d'une loi sur le test forcé

L'*Emergency Intervention Disclosure Act* [« Loi sur le dévoilement en cas d'intervention d'urgence »], déposée à l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique le 31 mai 2011, permettrait aux intervenants de services d'urgence et à des victimes d'actes criminels de demander une ordonnance de test sanguin s'ils ont été en contact avec les liquides corporels d'une autre personne.¹ En vertu de cette ordonnance, la personne source serait tenue de fournir des résultats de tests pour des maladies transmissibles comme le VIH et l'hépatite C.

Le projet de loi décrit les procédures pour obtenir une ordonnance de test accéléré ou régulier, et pour contester une ordonnance ou en faire appel. L'omission de se soumettre à une ordonnance de test emporte une amende de 10 000 \$CAN par jour et/ou un emprisonnement allant jusqu'à six mois.²

Norm Letnick, qui a déposé le projet de loi d'initiative parlementaire, explique qu'il l'a fait à la demande de pompiers locaux.³ Le syndicat des ambulanciers paramédicaux de la C.-B. a aussi exprimé son appui à la loi.⁴

Des lois semblables existent dans plusieurs autres provinces canadiennes.⁵ Elles ont été qualifiées de réponse inutile, injustifiée et inefficace au risque d'exposition professionnelle au VIH.

Modification de l'Allocation pour régime spécial en Ontario

De récents changements ont rehaussé les critères que les personnes vivant avec le VIH/sida (PVVIH/sida) doivent remplir pour être admissibles à l'Allocation pour régime spécial (ARS), en Ontario. Par conséquent, certaines PVVIH/sida pourraient voir leur ARS réduite ou révoquée.

L'ARS est une prestation supplémentaire qui vise à fournir des aliments plus sains et d'autres formes de nutrition à des prestataires du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées (POSPH) et d'Ontario au travail (OT).⁶ La nouvelle ARS, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2011, est accessible aux personnes vivant avec 29 troubles médicaux, y compris le VIH.

Pour être admissible, le demandeur doit cadrer dans l'une des catégories de perte de poids suivantes : (1) perte de poids de 5 à 10 % du poids corporel habituel (191 \$/mois); ou (2) perte de poids de plus de 10 % du poids corporel habituel (242 \$/mois). En revanche, l'ancienne ARS était accessible à toutes les PVVIH/sida prestataires du POSPH ou d'OT. Les catégories de perte de poids/émaciation étaient : de 0 à 2 % (75 \$/mois), de 2 à 5 % (150 \$), de 5 à 10 % (180 \$) et plus de 10 % (240 \$). L'ARS maximale demeure inchangée, à 250 \$ par mois.⁷

Il existe aussi une Allocation nutritionnelle en période de grossesse et d'allaitement (ANPGA), pouvant

s'ajouter à toute ARS. L'ANPGA est de 40 \$ par mois pour les femmes tolérantes au lactose et de 50 \$ pour celles ayant une intolérance au lactose. Enfin, pour les mères qui ne peuvent pas ou ne devraient pas allaiter, il existe une ARS pour nourrissons (pour les 12 premiers mois de vie). L'allocation est de 145 \$ par mois pour les nourrissons tolérants au lactose, et de 162 \$ en cas d'intolérance au lactose.⁸

Pour obtenir la nouvelle ARS, les demandeurs doivent soumettre un exemplaire signé du nouveau formulaire de demande, rempli par leur

professionnel de la santé. Il y a un formulaire distinct pour l'ANPGA. Les demandeurs ont droit à un Examen interne pour faire appel d'une décision. La demande d'Examen interne doit être soumise par écrit dans les 30 jours suivant la décision.⁹

— *Shalini Thomas*

Shalini Thomas (shalini.thomas@queensu.ca) est étudiante en troisième année à la Faculté de droit à l'Université Queen's, Kingston (Ontario).

¹ « Bill M 210 — 2011 ». Pour l'analyse d'une loi similaire, adoptée au Manitoba en juin 2008, voir « Manitoba — Une loi autoriserait le test du VIH sans consentement », *Revue VIH/sida, droit et politiques* 13(1), juillet 2008, p. 30–32.

² « Bill M 210 — 2011 », art. 6(1) et (2).

³ T. Sherlock, « Blood test bill introduced to protect emergency workers », *Times Colonist (Victoria)*, 2 juin 2011, p. A4.

⁴ *Ibid.*

⁵ Voir Réseau juridique canadien VIH/sida, *Force excessive : un survol de la législation provinciale sur le dépistage obligatoire du VIH*, 2007.

⁶ Le POSPH et OT sont des programmes de soutien du revenu du Gouvernement de l'Ontario.

⁷ HIV & AID Legal Clinic — Ontario (HALCO), « Special Diet Allowance Changes — Information Sheet », révisé le 2 mars 2011.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

DÉVELOPPEMENTS INTERNATIONAUX

On trouve sous cette rubrique des dépêches sur des développements du droit et des politiques touchant le VIH/sida à l'extérieur du Canada. (Les affaires confiées à des cours ou tribunaux des droits de la personne sont classées dans une autre rubrique : *Le VIH devant les tribunaux — International*). Nous nous intéressons à toute information sur d'autres développements, pour les numéros ultérieurs de la Revue. Adressez vos correspondances à Cécile Kazatchkine (ckazatchkine@aidslaw.ca), analyste des politiques au Réseau juridique canadien VIH/sida et rédactrice en chef de cette section. Sauf indication contraire, les articles de la section dans le présent numéro ont été rédigés par Mme Kazatchkine.

International — Un essai clinique révèle une importante réduction de la transmission du VIH grâce au traitement

Un essai clinique a confirmé que le traitement anti-VIH peut réduire considérablement la transmission du virus, soulevant des discussions quant aux prochaines étapes et aux implications possibles pour les droits humains.

En mai 2011, les National Institutes of Health des États-Unis ont publié les résultats d'un essai clinique mené par le HIV Prevention Trials Network, qui révèlent que, lorsqu'une

personne séropositive au VIH suit un régime de traitement antirétroviral efficace, le risque qu'elle transmette le virus à son partenaire séronégatif diminue de 96 %.¹ Ces résultats sont

tellement significatifs que l'essai a été interrompu quatre ans plus tôt que la fin prévue.

L'essai clinique avait enrôlé plus de 1 700 couples sérodiscordants (où

l'un des partenaires est séropositif) de l'Afrique, de l'Asie, de l'Amérique latine et des États-Unis. Le partenaire séropositif devait présenter un compte de CD4 entre 350 et 550, faisant en sorte qu'il ne soit pas encore admissible au traitement selon les directives de l'Organisation mondiale de la santé.²

L'ONUSIDA a applaudi les résultats. « Cette percée est un changement majeur qui révolutionnera la prévention », a déclaré son directeur exécutif, Michel Sidibé. « Les personnes vivant avec le VIH peuvent à présent prendre des moyens supplémentaires pour protéger l'être cher contre le VIH, avec dignité et confiance. »³

Environ la moitié seulement des 33 millions de personnes qui vivent avec le VIH (PVVIH) sont au courant de leur séropositivité.⁴ Une hausse du recours au test du VIH aurait un impact considérable sur la riposte à l'épidémie, en particulier si un plus grand nombre de personnes étaient sous traitement. De fait, un éditorial de la revue médicale *The Lancet* a signalé que le « traitement comme méthode de prévention » pourrait améliorer le recours au test, puisqu'il donnerait aux gens un incitatif supplémentaire à connaître leur état sérologique, « en ayant l'assurance qu'un traitement précoce rendrait peu probable qu'ils transmettent l'infection à autrui ».⁵

Un défi initial au lancement d'efforts pour le « traitement comme méthode de prévention » sera le coût. Des organismes internationaux comme le Fonds mondial de lutte contre le sida, la tuberculose et le paludisme manquent de ressources pour traiter tous les patients admissibles au traitement antirétroviral en vertu des lignes

directrices actuelles. Il sera encore plus difficile de trouver des fonds pour en traiter des millions d'autres afin de réduire la propagation du VIH, surtout dans un climat d'incertitude économique mondiale où les gouvernements sont peu disposés à hausser leurs budgets d'aide étrangère.

Commentaire

Les résultats de l'essai ne sont pas sans soulever des préoccupations quant aux implications juridiques et éthiques du « traitement comme méthode de prévention ». Lors du 6^e Congrès de l'International AIDS Society (IAS) sur la pathogénèse, le traitement et la prévention du VIH, à Rome, en juillet 2011, la discussion a porté en partie sur la question éthique de ne pas fournir de traitement sauf si une PVVIH est dans une relation sérodiscordante. On s'est questionné à savoir si l'emphase devrait plutôt être placée sur l'accès au traitement pour toutes les PVVIH qui en ont besoin. Wafaa El-Sadr, de l'International Center for AIDS Care and Treatment Programs (ICAP) de l'Université Columbia, à New York (qui fournit des traitements à plus d'un million de personnes), a signalé que les personnes séropositives qui font partie d'un couple sérodiscordant pourraient ne constituer qu'une mince proportion de la population des PVVIH, dans certains des 21 pays où l'ICAP travaille.⁶

Un enjeu plus large est celui du consentement au traitement. Comme l'a affirmé Eric Fleutelot, de l'organisme français Sidaction : « Chaque personne séropositive devrait décider quand et comment elle amorcera son traitement. Personne ne devrait être forcé de suivre un traitement pour le bénéfice de la santé publique plutôt

que pour sa santé ou son bien-être personnel. »⁷

Or, pour que le traitement comme méthode de prévention atteigne son but, une vaste majorité des personnes séropositives au VIH devraient suivre un traitement. Dans la revue *The Economist*, on note que « les gens n'aiment pas prendre des médicaments, en particulier s'ils n'ont pas de symptômes ». Considérant que pratiquement une personne séropositive sur cinq cesse de prendre des ARV durant la première année, on peut supposer qu'il « sera encore plus difficile de persuader des personnes asymptomatiques de prendre une pilule ou deux par jour pour le bien public ».⁸

Lorsqu'il est question de stratégies de « traitement comme méthode de prévention » pour protéger la santé publique, une autre préoccupation est que des PVVIH qui ne consentent pas au traitement pourraient en subir les conséquences si les autorités les considèrent comme étant suffisamment menaçantes pour la santé publique. Si une PVVIH refuse un traitement — notamment si elle a un compte élevé de CD4, et qu'il n'y a pas de motif clinique à amorcer d'un traitement — sera-t-elle traitée comme une criminelle? De telles mesures pourraient renforcer la croyance voulant que la responsabilité de la prévention incombe uniquement aux PVVIH. Cela est particulièrement problématique dans les pays où l'on peut recourir au droit pénal contre des PVVIH, pour transmission du VIH ou non-divulcation de la séropositivité.⁹

— David Cozac

David Cozac (dcozac@aidslaw.ca) est rédacteur en chef de la *Revue VIH/sida, droit et politiques*.

¹ Organisation mondiale de la santé et ONUSIDA, « Le traitement anti-VIH empêche la transmission du virus », communiqué, Genève, 12 mai 2011. En ligne : www.who.int/hiv/mediacentre/trial_results/fr/index.html.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ « HIV treatment as prevention — it works », *The Lancet* 377(9779), 21 mai 2011 : p. 1719. En ligne : www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736%2811%2960713-7/fulltext?rss=yes.

⁶ K. Alcorn, « Treatment as prevention: what are the next steps? », *Aidsmap*, 20 juillet 2011. En ligne à : www.aidsmap.com/page/1881842/.

⁷ Ibid.

⁸ « The 30 years war », *The Economist*, 2 juin 2011. En ligne : <http://stage.economist.com/node/18772276>.

⁹ K. Alcorn et T. Smart, « What do treatment as prevention study results mean for treatment? », *Aidsmap*, 2 juin 2011. En ligne : www.aidsmap.com/What-do-treatment-as-prevention-study-results-mean-for-treatment/page/1825240/.

International — La Commission mondiale sur les politiques sur les drogues déclare l'échec de la guerre à la drogue et incite à des réformes

La Commission mondiale sur les politiques sur les drogues a déclaré dans un récent rapport que la guerre mondiale à la drogue avait échoué. Le rapport exhorte à une nouvelle approche pour réduire l'abus de drogue, en remplaçant la stratégie actuelle de criminalisation et d'incarcération des personnes qui font usage de drogue par l'adoption de politiques fondées sur des données scientifiques probantes, sur les droits humains et sur les principes de la santé publique.¹

Le rapport signale que, au cours des 40 années de la guerre contre la drogue, l'argent consacré à la criminalisation et aux mesures répressives ciblant les producteurs, les trafiquants et les consommateurs de drogue a échoué à éliminer l'offre et la consommation mondiales de drogues illicites.

Il conclut que « [l]es efforts répressifs à l'endroit des consommateurs entravent les mesures de santé publique visant à réduire la propagation du VIH/sida, les décès par surdose et d'autres conséquences néfastes de l'usage de drogue », ajoutant que les stratégies de répression et les politiques d'incarcération actuelles « détournent des fonds qui seraient

mieux investis dans la réduction de la demande et des méfaits, plus rentable et fondée sur des données. »²

Des estimations des Nations Unies révèlent une hausse marquée de la consommation annuelle de drogue — la consommation mondiale d'opiacés ayant augmenté de 34,5 %, entre 1998 et 2008; la consommation de cocaïne, de 27 %; et celle de cannabis, de 8 %.³ On estime qu'il y a environ 250 millions d'utilisateurs de drogues illicites, dans le monde, et que des millions d'autres personnes sont impliquées dans leur culture, leur production et leur distribution.⁴

Le rapport identifie plusieurs exemples de conséquences néfastes à grande échelle de la guerre à la

drogue sur les pays producteurs, consommateurs et de transit, notamment :

- la croissance d'un marché noir financé par les profits de la réponse à la demande internationale de drogues illicites;
- un déplacement substantiel des politiques, les rares ressources servant à financer de vastes efforts d'application de la loi qui sont essentiellement symboliques;
- un déplacement géographique de la production de drogues illicites; et
- la stigmatisation, l'exclusion et la marginalisation des personnes qui font usage de drogue.⁵

En formulant des recommandations fondées sur une approche de santé publique pour gérer l'usage de drogue et la dépendance, le rapport exhorte à des investissements accrus dans la santé et le bien-être social des individus et des communautés affectés. Plus précisément, il exhorte les gouvernements à :

- mettre fin à la stigmatisation, à la marginalisation et à la criminalisation des personnes qui font usage de drogue sans causer de préjudice à autrui;
- respecter les droits humains des personnes qui font usage de drogue;
- essayer des modèles de rechange, réglementant légalement des drogues actuellement interdites, en particulier le cannabis; et
- fournir un vaste éventail de services de santé et de traitement aux personnes qui en ont besoin.⁶

Le rapport prône l'élaboration d'un nouvel ensemble d'indicateurs, relativement aux résultats des politiques sur les drogues en termes de méfaits ou de bienfaits pour les individus et les communautés affectés. Il enjoint aussi à l'ONU d'exercer un leadership dans la réforme des politiques mondiales sur les drogues, par la promotion d'une approche fondée sur des données; de soutenir la capacité des pays d'élaborer des politiques sur les drogues pertinentes à leurs besoins régionaux et particuliers; et d'assurer une cohérence entre les politiques, conventions et agences de l'ONU.

Les 19 membres de la Commission incluent le secrétaire général de l'ONU, Kofi Annan; l'ancien secrétaire d'État étatsunien, George Schultz; l'ancien président de la Réserve fédérale étatsunienne, Paul Volcker; l'ex-président mexicain, Ernesto Zedillo; l'ex-président bré-

silien, Fernando Henrique Cardoso; l'ex-président colombien, Cesar Gaviria; les auteurs Carlos Fuentes et Mario Vargas Llosa; l'homme d'affaires Sir Richard Branson; et le premier ministre actuel de la Grèce, George Papandreou.

— Lindsey América-Simms

Lindsey América-Simms (lsimms@aidslaw.ca) est coordonnatrice du rayonnement au Réseau juridique canadien VIH/sida.

¹ Global Commission on Drug Policy, *War on Drugs: Report of the Global Commission on Drug Policy*. 2011. En ligne : www.globalcommissionondrugs.org/Report.

² Ibid., p. 2.

³ Ibid., p. 4.

⁴ Ibid., p. 13.

⁵ Ibid., p. 9.

⁶ Ibid., p. 10-17.

ONU — Une Déclaration politique sur le VIH et le sida pour intensifier la riposte à l'épidémie

En juin 2011, l'Assemblée générale des Nations Unies a publié une Déclaration politique sur le VIH et le sida afin de réitérer son appui aux droits humains et d'exhorter à l'abolition des obstacles au traitement. La Déclaration reconnaît explicitement des groupes clés affectés, comme les hommes ayant des rapports sexuels avec des hommes (HRSH), les personnes qui font usage de drogue par injection et les travailleuses et travailleurs sexuels.¹

La *Déclaration politique sur le VIH/sida : Intensifier nos efforts pour éliminer le VIH/sida* est issue de la

Réunion de haut niveau sur le VIH et le sida de l'Assemblée générale de l'ONU, qui a eu lieu du 8 au 10 juin

2011. Elle donne suite à la première *Déclaration politique sur le VIH/sida* de l'Assemblée générale (2006) et

complète la *Déclaration d'engagement sur le VIH/sida* et les *Objectifs du Millénaire pour le développement* (2001).

Pour la première fois, des populations clés sont mentionnées, reconnaissant que certaines personnes sont plus vulnérables à l'infection par le VIH. Une telle reconnaissance confirme les appels de longue date à des mesures pour protéger ces populations spécifiques contre le VIH et garantir leur accès à la prévention, aux traitements et aux soins, sans discrimination. La Déclaration va même jusqu'à exhorter à la provision de matériel d'injection stérile comme moyen de prévention.²

La Déclaration aborde aussi les disparités dans l'accès au traitement antirétroviral et encourage l'amendement des lois nationales afin d'abolir les obstacles au traitement.³ La promotion de la concurrence générique est explicitement mentionnée, de même que le recours aux éléments de souplesse prévus dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et à la mise en commun volontaire de brevets, comme le Medicines Patent Pool d'UNITAID.⁴ Il s'agit d'une mesure bienvenue, puisque des millions de personnes n'ont pas accès à des traitements simplement parce qu'ils sont trop coûteux.⁵

Plusieurs observateurs ont accueilli favorablement la Déclaration pour sa mention de populations clés affectées, mais d'aucuns sont d'avis que l'ONU n'est pas allée assez loin. L'Alliance

internationale contre le VIH/sida a critiqué le passage de la Déclaration selon lequel la réduction des méfaits doit être mise en oeuvre « conformément aux lois nationales ».⁶ De fait, cela semble contradictoire puisque plusieurs États membres de l'ONU punissent sévèrement l'usage de drogue et offrent peu de services de réduction des méfaits aux personnes qui font usage de drogue par injection. S'ajoute à cette incohérence le fait que certains gouvernements criminalisent les membres de populations clés affectées.

Pour sa part, Médecins Sans Frontières (MSF) a affirmé que les gouvernements signataires de la Déclaration pratiquent le deux poids, deux mesures. Selon l'organisme, certains gouvernements prétendent être engagés à la lutte contre le VIH/sida mais contribuent activement à des accords commerciaux qui empêcheraient la production, l'exportation et l'importation de médicaments génériques.⁷ MSF a pointé du doigt un accord commercial en négociation entre l'Inde et l'Union européenne.⁸

Outre l'élaboration de la Déclaration, la Réunion de haut niveau a donné lieu à l'établissement de cibles clés pour freiner la propagation du VIH. Parmi celles-ci, des engagements à réduire de 50 %, d'ici à 2015, la transmission sexuelle du VIH; à réduire de moitié l'incidence de l'infection à VIH parmi les personnes qui font usage de drogue par injection; et à éliminer la transmission périnatale du VIH. L'Assemblée générale vise aussi à ce que l'on

atteigne le nombre de 15 millions de personnes sous traitement antirétroviral, avant cette échéance.⁹

— Eli Arkin

Eli Arkin (earkin@aidslaw.ca) est chercheur et agent du soutien aux programmes au Réseau juridique canadien VIH/sida.

¹ Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration politique sur le VIH/sida : Intensifier nos efforts pour éliminer le VIH/sida*, soixante-cinquième session, Point 10 de l'ordre du jour, A/RES/65/277, juin 2011, par. 29.

² Ibid., par. 59 (d).

³ Ibid., par. 36 et 71.

⁴ Ibid., par. 71.

⁵ Signalons que la Déclaration politique de 2006 exhortait aussi à abolir les obstacles à l'accès aux traitements. Voir : Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration politique sur le VIH/sida*, soixantième session, Point 45 de l'ordre du jour, A/RES/60/262, 87^e séance plénière, 2 juin 2006, par. 42.

⁶ Alliance internationale contre le VIH/sida, « UN Political Declaration to shape HIV response », 17 juin 2011, en ligne : www.aidsalliance.org/newsdetails.aspx?id=290951.

⁷ Médecins Sans Frontières, « Governments to decide fate of nine million lives before AIDS summit », communiqué, New York, 6 juin 2011.

⁸ Ibid.

⁹ Assemblée générale des Nations Unies, *supra*, par. 62–64.

États-Unis — Une alliance de directeurs de programmes sur le VIH/sida critique les lois punitives à l'égard des personnes vivant avec le VIH

Dans un énoncé sans précédent, la National Alliance of State and Territorial AIDS Directors (NASTAD) a dénoncé la criminalisation de la transmission et de la non-divulgence du VIH, aux États-Unis, et exhorté à l'expansion de programmes pour réduire la transmission du VIH tout en protégeant les droits des personnes vivant avec le VIH (PVVIH).¹

Représentant des dirigeants de la santé publique qui administrent des programmes nationaux, d'État et territoriaux sur la prévention et les soins en matière de VIH/sida et d'hépatite virale adulte, l'organisme s'est dit préoccupé que « la criminalisation du VIH interfère avec nos messages élémentaires de prévention du VIH et de santé sexuelle et perpétue l'ignorance, la peur et la discrimination à l'endroit des personnes vivant avec le VIH ».²

Les membres de la NASTAD se sont engagés à « identifier et partager des pratiques exemplaires relatives à l'abrogation de politiques et/ou de lois et règlements qui ne sont pas fondés sur la science de la santé publique » et à « promouvoir l'éducation du public et la compréhension de l'impact stigmatisant et des conséquences néfastes, pour la santé publique, des lois sur la criminalisation et des poursuites connexes ».³

Avec plus de 300 condamnations pour exposition au VIH ou transmission de l'infection, les États-Unis sont le chef de file mondial des poursuites contre des PVVIH pour non-divulgence.⁴ À l'heure actuelle, 34 États et deux territoires criminalisent

explicitement l'exposition au VIH par les rapports sexuels, le partage de seringues ou, dans certains États, par des « liquides corporels » comme la salive et l'urine, qui ne transmettent pas le VIH.⁵

Comme l'a signalé le Positive Justice Project, un effort national coordonné par le Center for HIV Law & Policy visant à répondre aux lois qui criminalisent le VIH, la plupart des poursuites aux É.-U. ne concernent pas la transmission, et les peines imposées aux personnes séropositives trouvées coupables d'exposition au VIH sont généralement trop sévères et disproportionnées par rapport au préjudice réel ou potentiel.⁶ Par exemple, en 2008, au Texas, un sans-abri séropositif de 42 ans qui a craché sur un policier lors de son arrestation pour ivresse en public a écopé de 35 ans d'emprisonnement.⁷

L'énoncé de la NASTAD arrive à un moment où de plus en plus d'États préparent des lois qui cibleraient les PVVIH en cas d'exposition au VIH. En mai 2011, la législature du Nebraska a adopté l'*Assault with Bodily Fluids Bill* [« Projet de loi sur les voies de fait avec liquides corporels »], qui fait fi de la Stratégie

nationale sur le VIH/sida et de la science en matière de VIH.⁸ La loi crée une infraction mineure pour les cas où un agent de la sécurité publique est atteint par des liquides corporels (définis comme étant « toute sécrétion naturelle ou excrément produit par le corps humain qui inclut, sans s'y limiter, toute quantité de sang, d'urine, de salive, de mucus, de vomissement, de liquide séminal ou de selles d'origine humaine »).⁹ Les personnes qui savent qu'elles ont le VIH ou l'hépatite B ou C pourraient être accusées d'acte criminel, si elles projettent un liquide corporel susmentionné aux yeux, à la bouche ou sur la peau d'un agent de la sécurité publique.¹⁰

En juillet, la Chambre des représentants de l'État de la Pennsylvanie a adopté à l'unanimité un projet de loi autorisant des poursuites pour exposition ou tentative d'exposition de policiers à des maladies transmissibles comme le VIH ou l'hépatite B. La mesure rendrait illégal pour quiconque de faire en sorte ou de tenter de faire en sorte qu'un membre des forces policières entre en contact avec le VIH ou le virus de l'hépatite B. La loi crée deux nouvelles

infractions : voie de fait au second degré contre un policier, emportant une peine maximale de 10 ans d'emprisonnement et une amende de 25 000 \$US (24 000 \$CAN); et voie de fait au troisième degré contre un policier, emportant une peine maximale de 7 ans d'emprisonnement et une amende de 15 000 \$US (14 400 \$CAN).¹¹

¹ National Alliance of State & Territorial AIDS Directors, « National HIV/AIDS Strategy Imperative: Fighting Stigma and Discrimination by Repealing HIV-specific Criminal Statutes », énoncé, février 2011.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Global Network of People Living with HIV/AIDS, 2010 *Global Criminalization Scan Report*, juillet 2010.

⁵ Center for HIV Law & Policy, *Ending and Defending Against HIV Criminalization: State and Federal Laws and Prosecutions, Vol. 1*, 2010. En ligne : www.hivlawandpolicy.org/resources/view/564.

⁶ Center for HIV Law & Policy, *HIV Criminalization Fact*

Sheet, décembre 2010. En ligne : <http://hivlawandpolicy.org/resources/view/560>.

⁷ Center for HIV Law & Policy, *Prosecutions for HIV Exposure in the United States, 2008–2011*, août 2011. En ligne : www.hivlawandpolicy.org/resources/view/456.

⁸ J. Delmundo, « The National HIV/AIDS Strategy and Nebraska's 'Spitting Bill' », *The Body*, 8 juillet 2011.

⁹ LB 226, art. 5 a). Accessible à www.nebraskalegislature.gov.

¹⁰ Ibid., art. 2.

¹¹ R. Lefever, « Proposed bill targets those who try to infect police », *York Daily Record*, 4 juillet 2011.

International — Une fédération de santé publique des directives éthiques sur la stérilisation féminine forcée

L'International Federation of Gynaecology and Obstetrics (FIGO) a récemment publié de nouvelles directives éthiques en réponse à la pratique continue de la stérilisation forcée de femmes, y compris de femmes séropositives au VIH, dans certaines régions du monde en développement.¹

Les directives réaffirment les droits génésiques des femmes et exhortent à des décisions éclairées, en matière de stérilisation, prises uniquement par les femmes concernées. La FIGO considère que ces décisions doivent s'accompagner de counselling et être exemptes d'exploitation, de harcèlement et de toute autre pression externe comme le refus de l'accès à un traitement médical. Les directives indiquent que des populations spécifiques de femmes pourraient être plus vulnérables à la stérilisation forcée, comme celles qui sont séropositives au VIH, qui font usage de drogue ou ont un handicap.²

Les recommandations sont notamment que « [a]ucune femme ne soit stérilisée sans son consentement éclairé préalable, exempt de coercition ou d'incitation induite par des professionnels de la santé ou un établissement », et que le consentement à la stérilisation « ne soit pas une condition pour recevoir tout autre soin médical, comme un traitement contre le VIH/sida ».³

Fait important, les directives de la FIGO stipulent que « [l]a stérilisation forcée constitue un acte de violence, qu'il soit commis par un praticien individuel ou en vertu de politiques institutionnelles ou gouvernementales. »⁴

La parution des directives coïncide avec des cas signalés de stérilisation forcée, en Afrique et en Amérique latine. L'organisme étatsunien Project Prevention a initié des efforts, au Kenya et en Afrique du Sud, consistant à payer des femmes vivant avec le VIH ou qui font usage de drogues afin qu'elles se fassent stériliser ou utilisent une méthode contraceptive à long terme comme le dispositif intra-utérin (DIU). L'organisme soutient que la contraception et la stérilisation sont les seuls moyens d'éradiquer le VIH et de prévenir des grossesses qui pourraient causer d'éventuelles « souffrances » à des enfants.⁵

Par exemple, au Kenya, Project Prevention remet 40 \$US (39 \$CAN) à des femmes vivant avec le VIH pour qu'elles acceptent un DIU, et il paie au médecin 7 \$ par patiente.⁶

Les femmes défavorisées de l'Afrique subsaharienne sont ciblées parce qu'elles sont plus susceptibles de participer au programme, vu l'incitatif financier. Project Prevention paie non seulement des femmes stérilisées ou qui utilisent une méthode contraceptive à long terme, mais il finance aussi un bassin de groupes de femmes encourageant des activités génératrices de revenus.⁷

Le comité éthique de la British Medical Association s'est opposé publiquement au travail de Project Prevention — également actif au Royaume-Uni —, en affirmant que toute consultation sur la stérilisation ou la contraception à long terme « doit être dans l'intérêt général de la patiente ». Il considère que les médecins devraient informer les patientes « des avantages de la contraception réversible, afin d'élargir leurs choix génésiques ».⁸

— *Eli Arkin*

Eli Arkin (earkin@aidslaw.ca) est chercheur et agent du soutien aux programmes au Réseau juridique canadien VIH/sida.

¹ International Federation of Gynaecology and Obstetrics, *Female Contraceptive Sterilization*, mars 2011. En ligne : www.figo.org/publications/miscellaneous_publications/ethical_guidelines/new_ethical_guidelines.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ A. Thom, « US project planning to sterilize HIV+ women in South Africa », *Health-e News Service*, 11 avril 2011.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ C. Davies, « First £200 vasectomy 'bribe' paid to British drug addict », *The Guardian*, 18 octobre 2010.

Ouganda — Le projet de loi anti-homosexualité échoue, pour le moment

En mai 2011, le Parlement de l'Ouganda a été ajourné sans débattre d'un projet de loi qui prévoyait la peine de mort pour certains actes homosexuels.

En 2009, le député David Bahati a déposé un projet de loi d'initiative parlementaire qui introduisait la peine de mort pour les personnes trouvées coupables d'« homosexualité grave » — les facteurs aggravants étant qu'un des participants soit mineur, séropositif au VIH, handicapé ou « récidiviste », de même que les cas de viol.¹

Le projet de loi stipulait aussi que toute personne trouvée coupable d'acte homosexuel purgerait une

peine d'emprisonnement à perpétuité, et que les personnes qui ont aidé, encouragé, conseillé ou amené quelqu'un à commettre un acte homosexuel — y compris les propriétaires qui ont loué des chambres ou des logements à des homosexuels — seraient passibles d'une peine d'emprisonnement allant jusqu'à sept ans.²

En mai 2011, en dépit de rumeurs d'un vote de la onzième heure, le Parlement ougandais a

été ajourné sans débattre du projet de loi controversé — une nouvelle accueillie favorablement par les activistes internationaux pour les droits humains. L'organisme Avaaz, qui a lancé une campagne en ligne et amassé près de 1,4 million de signatures contre le projet de loi, a qualifié l'action du Parlement de « victoire pour tous les Ougandais et pour les gens du monde entier qui ont à cœur les droits humains ».³

Selon Kakoba Onyango, député ougandais, l'inaction gouvernementale est due en grande partie aux critiques de divers organismes nationaux et internationaux de défense des droits humains qui ont incité le président Yoweri Museveni à ne pas appuyer l'adoption du projet de loi.⁴ Maria Burnett, de Human Rights Watch, a signalé que « les pressions internationales de la dernière année et demie ont été très importantes pour montrer à l'Ouganda qu'il ne peut agir en marge de la communauté internationale ».⁵

Le Département d'État des États-Unis a qualifié le projet de loi d'« odieux », affirmant qu'aucun amendement au texte ne pourrait justifier son adoption.⁶ Malgré tout, M. Bahati a indiqué qu'il aller déposer à nouveau le projet de loi lors de la prochaine session parlementaire, après l'élection de février 2012.⁷ Il soutient que le projet de loi révisé n'imposera plus la peine de mort, mais aucune version amendée n'avait

encore été publiée au moment d'écrire ces lignes.

L'homosexualité est illégale et très impopulaire dans la culture générale, en Ouganda; des politiciens et des pasteurs chrétiens la dénoncent bruyamment.⁸ Des organismes ougandais de défense des droits des personnes gaies, lesbiennes, bisexuelles et transgenre (GLBT) constatent que leur communauté est de plus en plus ciblée depuis le dépôt du projet de loi en 2009.⁹

Entre autres, en 2010, un tabloïd a publié les noms et les photos de plusieurs personnes GLBT, sous le titre « Qu'on les pend ».¹⁰ Peu après, David Kato, renommé militant pour les droits des gais, dont la photo avait été publiée, a été trouvé battu à mort dans son domicile. L'enquête se poursuit, mais les autorités soutiennent que l'orientation sexuelle de la victime n'a rien à voir avec sa mort.¹⁰

— Shalini Thomas

Shalini Thomas (shalini.thomas@queensu.ca) est étudiante de troisième année à la Faculté de droit de l'Université Queen's.

¹ « Uganda anti-gay bill 'shelved by parliament' », BBC News, 13 mai 2011. « No vote: Future of Uganda's anti-gay bill in limbo », *San Francisco Chronicle*, 13 mai 2011. Voir aussi « Ouganda — Des projets de loi comportent des violations de droits des homosexuels et des personnes vivant avec le VIH/sida », *Revue VIH/sida, droit et politiques* 15(1), octobre 2010, p. 14–16. En ligne : www.aidslaw.ca/revue.

² « No vote: Future of Uganda's anti-gay bill in limbo », supra.

³ Ibid; G. Olukya et J. Straziuso, « Uganda's anti-gay bill dropped from agenda after international outcry », *The Globe and Mail*, 11 mai 2011.

⁴ « No vote: Future of Uganda's anti-gay bill in limbo », supra.

⁵ « Uganda anti-gay bill 'shelved by parliament' », supra.

⁶ « Uganda's anti-gay bill dropped from agenda after international outcry », supra.

⁷ « Uganda anti-gay bill 'shelved by parliament' », supra.

⁸ « Uganda's anti-gay bill dropped from agenda after international outcry », supra.

⁹ « No vote: Future of Uganda's anti-gay bill in limbo », supra.

¹⁰ « Uganda's anti-gay bill dropped from agenda after international outcry », supra.

France — Développements récents en matière d'immigration pour les personnes atteintes de maladies graves

Une nouvelle loi française relative à l'immigration¹ a été promulguée le 16 juin 2011. Elle vient entre autres modifier les critères de délivrance des titres de séjour pour raisons médicales. Les étrangers malades demandeurs d'un titre de séjour en France devront démontrer l'absence de traitement ou de soins dans leur pays d'origine, et non plus l'absence d'un accès effectif à ces soins ou traitements.

Les personnes vivant avec le VIH/sida sont pour l'instant épargnées par ce dispositif.

Depuis 1998, les étrangers malades pouvaient obtenir un titre de séjour en démontrant qu'ils n'avaient pas

un accès effectifs aux traitements et soins nécessaires à leur survie dans leur pays d'origine. Désormais, ils devront prouver que ces soins et traitements ne sont pas disponibles dans leur pays d'origine, une condition bien plus difficile à remplir.

Ce critère va aussi s'appliquer dans le cas de renouvellement de titres de séjour pour raisons médicales. Au total, ce sont près de 28000 personnes dont le statut pourrait être remis en cause, soit près de 1 % des étrangers vivant en France.²

La nouvelle loi prévoit cependant que même si des traitements appropriés existent dans son pays d'origine, un étranger malade peut être admis en France s'il montre l'existence de circonstances humanitaires exceptionnelles (existant en France ou dans le pays d'origine). Mais, ce n'est là qu'une possibilité offerte à l'administration et nullement une obligation. Ceci ouvre la porte à beaucoup de discrétion de la part de l'administration.³

Grâce aux efforts conjugués du milieu associatif et de certaines personnalités politiques, les étrangers vivant avec le VIH/sida bénéficient d'une exception. Les étrangers vivant avec le VIH/sida et en provenance de PVD n'auront donc pas à prouver l'absence de traitement dans leur pays d'origine et pourront obtenir plus facilement des titres de séjour pour raisons médicales.

Commentaire

En effet, l'exception acquise pour les PVVIH n'est pas prévue par la loi mais trouve sa base légale dans une circulaire administrative⁴ prise en application de la loi. Ce document peut être facilement modifié par l'administration. Il est donc possible

que le gouvernement français décide un jour prochain de traiter le VIH/sida comme toute autre maladie grave et exige la preuve de l'absence de soins et de traitements dans le pays d'origine pour délivrer ou renouveler un titre de séjour pour raisons médicales.

Même si l'exception acquise pour le VIH/sida est une bonne chose, la loi constitue un recul. Médicaments et soins existent aujourd'hui aux quatre coins du globe ce qui ne veut pas dire que la population y a accès. Dans de nombreux pays en voie de développement (PVD), l'accès aux traitements reste bien souvent théorique pour des raisons tant économiques que pratiques.

Il est particulièrement dommage que le législateur français ait choisi de mettre en place ce critère objectif d'absence de traitement disponible dans le pays d'origine. Chargé d'interpréter les dispositions de l'ancienne loi sur l'immigration, le Conseil d'État français avait pourtant jugé qu'une approche subjective devait être utilisée dans le cadre des étrangers malades.⁵ Il s'agissait ainsi de prendre en compte les possibilités d'avoir effectivement accès aux traitements et non pas uniquement leur simple existence dans un pays. De nombreux PVD disposent ainsi de médicaments et techniques médicales avancées, mais ils sont, en pratique, difficilement accessibles à la grande majorité de leurs habitants.

Cette particularité de la France était intéressante car elle allait à l'encontre de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) dans l'affaire *N. c Royaume-Uni*.⁶ La CEDH y avait établi que seule des situations humanitaires exceptionnelles justifiaient de ne pas expulser un étranger malade vers son

pays d'origine même en l'absence d'un accès effectif aux traitements, en l'espèce, du VIH. D'autres juridictions administratives européennes, tel l'Office fédéral de la migration suisse, se sont réfugiées derrière cet arrêt pour refuser d'admettre des étrangers malades sur leur sol et la position du Conseil d'État était en ce sens un progrès. Il est dommage de voir que la France fasse désormais preuve de plus de sévérité face aux étrangers malades.

— Rémi Weiss

Rémi Weiss (remi.weiss@mail.mcgill.ca) est étudiant en troisième année de droit à l'Université McGill à Montréal.

¹ Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

² Rapport au Parlement, les orientations de la politique de l'immigration, CICI, décembre 2009.

³ Réseau des Associations Africaines et Caraïbiennes de lutte contre le sida en France, « Désobéir! » *Gingembre n° 10* (été 2011).

⁴ Circulaire DGS/MCI/RI2/2010/297 du 29 juillet 2010 relative aux procédures concernant les étrangers malades atteints de pathologies graves. L'annexe 4 consiste en fait en la reprise d'un précédent document administratif, à savoir la Circulaire DGS/SD6A/2005/443 du 30 septembre 2005 relative aux avis médicaux concernant les étrangers atteints par le VIH.

⁵ Cons. d'État, 7 avril 2010, n° 301640 et n° 316625.

⁶ *N. c Royaume-Uni*, 27 mai 2008, n° 26565/05.

En bref

L'ONU adopte une résolution historique pour protéger les droits des GLBT

Une résolution visant à protéger les droits individuels sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre a été adoptée par le Conseil des droits de l'homme (CDH) des Nations Unies en juin 2011.

La résolution demande entre autres au Haut Commissaire aux droits de l'homme de commander une étude pour documenter des lois discriminatoires et des actes de violence basés sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, dans le monde. Le CDH convoquera également un panel afin d'analyser l'information recueillie dans l'étude du Haut Commissaire et de discuter de mesures de suivi appropriées.¹

La résolution est digne d'intérêt puisque l'homosexualité est criminalisée dans 76 pays, dont cinq où elle est passible de peine de mort.² Elle exhorte explicitement à la fin de la violence et des violations de droits fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, en ciblant directement les lois de ces pays.

Le vote final sur la résolution a été de 23 contre 19 — ce qui montre qu'il persiste une importante opposition à la reconnaissance des droits des personnes gaies, lesbiennes, bisexuelles et transgenre (GLBT), dans la communauté internationale, et en particulier parmi les membres du CDH.

— Eli Arkin

Eli Arkin (earkin@aidslaw.ca) est chercheur et agent du soutien aux programmes au Réseau juridique canadien VIH/sida.

Royaume-Uni — Le gouvernement indemnise des détenus et ex-détenus pour de mauvais traitements

Le ministère de la Justice et le Service national de santé du Royaume-Uni ont réglé une poursuite intentée par 499 détenus et ex-détenus qui alléguaient n'avoir pas reçu une norme acceptable de traitement pour leur dépendance à la drogue pendant leur incarcération, entre 2004 et 2009.

Bien que le gouvernement ait refusé la responsabilité, il a accepté de payer des indemnités totalisant plus d'un million de livres sterling (1,57 million \$CAN). De plus, il versera 960 000£ aux avocats des détenus.³

Les demandeurs ont décidé d'entamer une action en justice sur la base que le service carcéral avait été cliniquement négligent à leur égard. Ils soutiennent que leurs droits ont été violés au regard de la *Human Rights Act* et de l'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, qui interdit les traitements inhumains ou dégradants.⁴

Un règlement semblable est survenu hors cour en 2006, lorsque 200 détenus et ex-détenus ont poursuivi le gouvernement pour s'être vu imposer un régime de désintoxication rapide pendant leur incarcération. Ce jugement et le plus récent por-

tent à 3,5 millions £ (5,5 millions \$CAN) les indemnités versées par le Gouvernement du R.-U. à des détenus, pour avoir échoué à traiter leur toxicomanie en prison.⁵

— Eli Arkin

Cambodge — Une nouvelle loi sévère sur les drogues pourrait multiplier les violations de droits humains

En juillet 2011, le premier ministre du Cambodge Hun Sen a approuvé une ébauche de loi controversée sur les drogues; des activistes craignent qu'elle enchâsse et resserre l'approche déjà draconienne du pays en matière de traitement de la dépendance à la drogue.

La plus récente version de la loi n'était pas disponible au moment d'aller sous presse, mais une ébauche pulvérisée en 2010 renfermait des dispositions troublantes, notamment la liberté pour les autorités de forcer une personne, contre son gré, à un traitement de la dépendance à la drogue pendant jusqu'à deux ans. De plus, l'ébauche de loi incluait une définition excessivement large de « personne qui fait usage de drogue », englobant toute personne « qui consomme de la drogue et qui est sous l'influence de drogues ».⁶

Des agences des Nations Unies ont fourni des commentaires constructifs, mais le processus d'élaboration de la

loi a été qualifié d'« opaque »⁷ et on ne sait pas clairement si des recommandations ont été adoptées.

Les abus à l'endroit de personnes qui font usage de drogue, dans les centres de traitement de la toxicomanie du Cambodge, sont déjà bien documentés. La signature de la nouvelle loi survient quelques jours après que le Comité des droits de l'enfant de l'ONU ait exprimé de sérieuses préoccupations quant à la torture et aux mauvais traitements subis par des enfants et des adolescents dans des centres jeunesse et des centres de traitement de la toxicomanie.⁸ En 2010, Human Rights Watch (HRW) a publié *Skin on the Cable*, un rapport documentant les terribles abus que subissent des personnes qui font usa-

ge de drogue, au Cambodge, notamment des rouées de coups, des viols et des dons forcés de sang.

Au sujet de la nouvelle loi, Joe Amon, directeur de la division de la santé et des droits humains à HRW, a affirmé que le Cambodge peut « reconnaître que cette approche est malavisée, ou il peut continuer à appliquer aveuglément des politiques qui ne fonctionnent pas et qui contreviennent à ses obligations de droits humains ».⁹

— Vajdon Sohaili

Vajdon Sohaili (vsohaili@aidslaw.ca) est spécialiste des communications au Réseau juridique canadien VIH/sida.

¹ Conseil des droits de l'homme de l'ONU, *Droits de l'homme, orientation sexuelle et identité de genre*, 17^e session, Point 8 de l'ordre du jour, A/HRC/17/L.9/Rev. 1, 15 juin 2011. En ligne : www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/HRC/17/L.9/Rev.1.

² Human Rights First, « Good Vibes from South Africa: Foreign Policy Breakthrough, Michelle Obama's Visit », 21 juin 2011.

³ C. Dyer, « Poor treatment of drug addicts in prison costs UK more than £3.5m in compensation and fees », *British Medical Journal* (13 juillet 2011) 343 : d4438.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ « PM approves drug law », *Phnom Penh Post*, 11 juillet 2011.

⁷ Ibid.

⁸ Comité des droits de l'enfant de l'ONU, 57^e session (30 mai - 17 juin 2011), « Concluding Observations: Cambodia ». En ligne : <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs57.htm>.

⁹ « Cambodia Prime Minister Signs Controversial Drug Control Law Likely to Lead to Abuse », *Stop Torture in Health Care*, 11 juillet 2011. En ligne : www.stoptortureinhealthcare.org.

LE VIH/SIDA DEVANT LES TRIBUNAUX — CANADA

On trouve sous cette rubrique des résumés de diverses décisions des tribunaux du Canada concernant le VIH/sida ou susceptibles d'avoir une importance pour les personnes vivant avec le VIH/sida. Il y est question d'affaires criminelles et civiles. Nous tentons de couvrir les affaires de manière aussi complète que possible, à partir de recherches effectuées dans les bases de données électroniques sur le droit au Canada ainsi que de reportages des médias canadiens. Les lecteurs sont invités à signaler d'autres affaires dont ils auraient connaissance à Sandra Ka Hon Chu (schu@aidslaw.ca), analyste principale des politiques au Réseau juridique canadien VIH/sida et rédactrice en chef de la présente section. Sauf indication contraire, tous les articles de la présente section ont été rédigés par Mme Chu.

La Cour fédérale statue que les personnes qui se trouvent au Canada contrairement aux lois sur l'immigration n'ont pas droit à l'assurance-maladie

La Cour fédérale a rejeté un appel interjeté par une ressortissante grenadienne sans statut au Canada qui avait demandé une couverture d'assurance-maladie vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte).¹

Nell Toussaint est entrée au Canada légalement comme visiteuse en 1999, mais y demeurée après l'expiration de son visa de résidence temporaire.

Parce qu'elle n'avait pas de statut légal au Canada, elle n'avait pas droit à une couverture d'assurance-maladie en vertu du régime provincial.

En septembre 2008, Toussaint a présenté une demande de résidence permanente à Citoyenneté et Immigration Canada (CIC). Plusieurs

mois plus tard, elle a présenté une demande de permis de résident temporaire à CIC en vue de devenir admissible au régime provincial d'assurance-maladie. Dans les deux demandes, elle a sollicité une dispense de paiement des frais, qui a été refusée. Parce que les frais sont demeurés impayés, les demandes n'ont jamais été considérées.

En mai 2009, Toussaint a présenté à CIC une demande de couverture d'assurance-maladie en vertu du Programme fédéral de santé intérimaire (PFSI), administré par CIC comme mesure pour fournir une couverture temporaire d'assurance-maladie aux individus admissibles qui ne sont pas encore couverts par un régime provincial d'assurance-maladie public ou privé et qui démontrent qu'ils ont besoin d'une aide financière. En particulier, le PFSI était destiné à quatre groupes de bénéficiaires, les demandeurs d'asile, les réfugiés réinstallés, les personnes détenues en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et les victimes de la traite des personnes. Parce qu'elle ne faisait pas partie de ces catégories, un directeur de CIC a conclu que Toussaint n'avait pas le droit de recevoir une couverture d'assurance-maladie en vertu du PFSI et a rejeté sa demande.

Toussaint a plaidé que les conditions d'admissibilité au PFSI, établies par un décret fédéral, violaient les droits que lui garantissent les articles 7 et de la Charte, c'est-à-dire son droit à la vie et à la sécurité de la personne et son droit à l'égalité. Elle a été déboutée en Cour fédérale qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire.²

La Cour d'appel fédérale a souscrit à l'interprétation du décret don-

née par le directeur de CIC, pour qui le décret « ne pouvait pas avoir pour objet de payer les frais médicaux de ceux qui arrivent comme visiteurs mais qui demeurent illégalement au Canada [...] La couverture de ces personnes irait à l'encontre de la teneur même du décret, de son historique et de la justification donnée par le ministre ».³

Pour ce qui est des arguments constitutionnels, la Cour d'appel fédérale a conclu que Toussaint avait été exposée à un risque important à sa vie et à sa santé, un risque suffisamment important pour entraîner une violation de ses droits à la vie et à la sécurité de la personne. Toutefois, la Cour a statué que Toussaint n'avait pas démontré que les conditions d'admissibilité en vertu du PFSI étaient la « cause effective » de cette atteinte à ses droits.

La Cour a noté que la prestation de la couverture publique d'assurance-maladie et la réglementation de l'accès à cette couverture relevaient principalement de la responsabilité provinciale. S'il y avait eu une cause effective à l'atteinte aux droits de Toussaint à la vie et à la sécurité de la personne, c'était parce que la loi provinciale ne fournissait pas suffisamment le traitement médical dont elle avait besoin. Toutefois, Toussaint n'avait pas contesté la constitutionnalité des lois provinciales qui limitaient son accès aux soins de santé.

Comme l'a statué la Cour, « qui plus est, et sur un plan plus fondamental, c'est l'appelante elle-même, par son propre comportement — et non le gouvernement fédéral par son décret — qui a mis sa vie et sa santé en danger. Elle est demeurée au Canada pendant plusieurs années, illégalement. Si elle avait agi léga-

lement et obtenu son statut légal d'immigrante au Canada, elle aurait eu droit à une couverture en vertu du Régime d'assurance-maladie de l'Ontario ».⁴

Pour ce qui est de l'argument de Toussaint fondé sur l'article 15, la Cour d'appel fédérale a statué qu'il n'y avait pas eu de violation de son droit à l'égalité, puisque le « statut d'immigrant » ne donnait pas droit à la protection de l'article 15 de la Charte. En particulier, la Cour a statué que le « 'statut d'immigrant' n'était pas une 'caractéristique que l'on ne peut pas changer'. Il n'est pas 'immuable ou modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle' ».⁵ Même si Toussaint avait eu gain de cause sur cette question, la Cour a statué que le décret n'était pas discriminatoire à son égard en perpétuant ou en favorisant des préjugés ou stéréotypes et qu'il ne s'agissait pas de la cause effective du désavantage qu'a connu Toussaint.

Enfin, la Cour a noté que « dans toute analyse de la justification d'une atteinte à la Charte en l'espèce, l'intérêt qu'a l'État de défendre ses lois sur l'immigration devrait être pris en compte. Si l'appelante devait avoir gain de cause en l'espèce et bénéficiait d'une couverture d'assurance-maladie en vertu du décret sans respecter les lois canadiennes sur l'immigration, on pourrait s'attendre à ce que d'autres viennent au Canada et fassent de même. Bientôt, comme l'a prévenu la Cour fédérale, le Canada deviendrait un refuge pour tous ceux qui ont besoin de soins et de services médicaux, ses lois sur l'immigration bafouées [...] Éventuellement, il faudrait peut-être annuler le décret, envisagé à l'origine comme un programme humanitaire

pour assister une catégorie limitée de personnes qui répondent aux conditions qui y sont prévues ».

L'appel de Toussaint a donc été rejeté.

¹ *Toussaint c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* 2011 CAF 213 (Cour d'appel fédérale). Au moment de la publication du présent article, la traduction française officielle de cet arrêt n'était pas disponible. Les citations entre guillemets sont donc des traductions officieuses.

² *Toussaint c. Canada (Procureur général)*, 2010 FC 810

(décision principale) et *Toussaint c. Canada (Procureur général)*, 2010 FC 926 (décision sur la requête en réexamen).

³ *Supra*, note 1 au par. 40.

⁴ *Ibid.* au par. 72.

⁵ *Ibid.* au par. 99.

Un tribunal ontarien statue qu'il n'existe aucun délit civil pour atteinte à la vie privée

Le 23 mars 2011, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a statué qu'il n'existe aucun délit civil d'atteinte à la vie privée en common law.¹

La demanderesse, Sandra Jones, et la défenderesse, Winnie Tsige, travaillaient à deux succursales différentes de la Banque de Montréal (« BMO »), où la demanderesse effectuait toutes ses opérations bancaires personnelles. Sur une période de quatre ans et à de nombreuses occasions, Tsige a accédé aux dossiers bancaires privés de Jones et examiné ces dossiers à son écran d'ordinateur au travail. Après que BMO a appris que Tsige agissait de la sorte, celle-ci a reconnu qu'elle n'avait aucune raison légitime d'examiner ces dossiers. Par conséquent, Tsige s'est vu imposer des mesures disciplinaires, elle s'est excusée et s'est engagée à ne plus accéder aux dossiers bancaires de Jones.

Jones a allégué que Tsige avait commis un délit d'atteinte à la vie privée contre elle et qu'elle avait violé une obligation fiduciaire à son égard. Elle s'est appuyée sur de la jurisprudence ontarienne de première instance pour faire valoir la proposi-

tion selon laquelle il existait dans la province un délit civil autonome d'atteinte à la vie privée. Jones a demandé des dommages-intérêts et une injonction permanente pour empêcher Tsige d'agir de la sorte à l'avenir. Tsige a plaidé qu'il n'existait pas de délit d'atteinte à la vie privée, qu'elle n'avait aucune obligation fiduciaire envers Jones et que Jones n'avait subi aucun préjudice.

Le tribunal a reconnu que dans la plupart des provinces, des lois régissent et réglementent les questions liées à la vie privée, que certaines d'entre elles créent des délits civils pour cause d'infraction portant sur la protection de la vie privée. Le tribunal a statué qu'en Ontario, où il existe des lois qui régissent des questions très particulières en matière de vie privée, « on ne peut pas dire qu'il existe un vide juridique qui permet à des torts de demeurer sans réparation, nécessitant l'intervention judiciaire ».² En outre, le tribunal a statué qu'il existait une loi particulière en

Ontario sur laquelle Jones pouvait fonder une plainte, avec un recours éventuel à la Cour fédérale.

Le tribunal a alors adopté le raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a affirmé, dans une remarque incidente dans un arrêt de 2005 qu'« il n'existait pas de droit autonome à la dignité ou à la vie privée en vertu de la Charte ou de la common law ».³ La Cour a finalement conclu qu'il n'existait aucun délit civil d'atteinte à la vie privée en Ontario.

Le tribunal a statué en outre que la relation entre Jones et Tsige ne faisait pas partie des catégories habituelles de relations dans lesquelles une obligation fiduciaire était due. En outre, il n'existait aucune relation entre les parties, et encore moins une entente réciproque entre elles, selon laquelle Tsige avait renoncé à ses propres intérêts et avait accepté d'agir au nom de Jones. La Cour a donc conclu que Tsige n'avait aucune obligation fiduciaire envers Jones.

Commentaire

Cette affaire a des conséquences importantes pour les personnes vivant avec le VIH, dont plusieurs voient leurs renseignements médicaux personnels divulgués sans leur consentement. La séropositivité au VIH est considérée être l'une des catégories les plus sensibles de renseignements personnels qui méritent une protection particulière, notamment parce que les personnes vivant avec le VIH sont souvent l'objet de discrimination (p. ex. la perte d'emploi, de logement, d'assurance, de relations personnelles avec les amis et la famille) à la suite de la divulgation non autorisée de leur séropositivité au VIH.

Les lois de l'Ontario ne couvrent la vie privée que dans des situations très particulières et il n'existe aucun délit autonome d'atteinte à la vie

privée dans la législation relative à la protection de la vie privée actuellement en vigueur. Bien que cette affaire porte sur les opérations bancaires personnelles, si (comme l'a statué le juge dans l'affaire *Jones c. Tsige*) il n'existe aucun délit civil d'atteinte à la vie privée reconnu en common law, il n'y aurait aucune cause d'action dans les cas où la séropositivité au VIH était divulguée sans son consentement.

Ce jugement est également incompatible avec une décision rendue en 2007 par la Cour supérieure de justice, portant sur la divulgation involontaire de la séropositivité d'un homme par sa tante à d'autres membres de la famille.⁴ Dans cette affaire, le tribunal a reconnu que la séropositivité de quelqu'un était un renseignement qu'une personne raisonnable considérerait privé et a statué qu'il y avait

une atteinte juridiquement réparable à la vie privée reconnue par la common law en Ontario et a établi un cadre applicable aux futures poursuites pour atteinte à la vie privée.

Jones c. Tsige a été porté en appel. Vu l'importance du droit à la vie privée, un certain nombre d'organismes demanderont l'autorisation d'intervenir, y compris la HIV & AIDS Legal Clinic (Ontario) et le Réseau juridique canadien VIH/sida.

¹ *Jones c. Tsige*, 2011 ONSC 1475 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).

² *Ibid.*, au par. 53.

³ *Euteneier c. Lee*, (2005) 260 D.L.R. (4th) 145 (Cour d'appel de l'Ontario).

⁴ *Caltagirone c. Scozzari-Clouiter*, [2007] O.J. No. 2003 (Q.L.). Pour une discussion de cette affaire, voir R. Lang, « Un jugement relatif à la divulgation de la séropositivité clarifie le droit à la vie privée en Ontario », *Revue VIH/sida, droit et politiques* 2008, 13(1) : 52.

Les tribunaux de l'Ontario réaffirment le droit à l'accès à la marijuana à des fins thérapeutiques

Dans un jugement du 11 avril 2011,¹ la Cour supérieure de l'Ontario a déclaré inconstitutionnels le *Règlement sur l'accès à la marijuana pour des fins médicales (RAMM)* ainsi que les articles 4 et 7 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances (LDS)* interdisant la possession et la production de cannabis car ils empêchent, en pratique, un accès effectif à la marijuana pour fins thérapeutiques, et violent donc les dispositions de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Depuis 2000, il s'agit de la troisième affaire relative au système canadien d'accès à la marijuana thérapeutique

qui soit portée devant les tribunaux de cette province, après les arrêts *Parker*² et *Hitzig*.³

Matthew Mernagh, qui atteint d'une grave fibromyalgie, de crises d'épilepsie, d'une sévère scoliose et

de dépression lui causant des souffrances permanentes a été poursuivi pour production de marijuana, une infraction prévue à l'article 7(2)(b) de la LDS.

Âgé de trente-sept ans, M. Mernagh avait commencé à utiliser de la marijuana lors de sa seconde année d'université, en recourant aux services d'un centre de compassion torontois.

Le RAMM autorise l'accès à la marijuana à fins thérapeutiques pour des patients atteints de certaines pathologies engendrant une grande souffrance, comme le cancer ou le sida par exemple, mais uniquement avec l'accord d'un ou deux médecins selon les cas. Les patients bénéficiant de ces accords peuvent ainsi obtenir une licence leur permettant de posséder voire produire de la marijuana selon leurs besoins médicaux, et ce sans craindre d'être poursuivi devant les tribunaux criminels.

Or, malgré de nombreuses recherches, M. Mernagh n'a jamais pu trouver un médecin acceptant de signer les papiers nécessaires pour qu'il puisse obtenir de la marijuana légalement. Il a donc été contraint de produire, illégalement, sa propre marijuana.

M. Mernagh n'est pas un cas isolé. La Cour s'est vue soumettre les dépositions et témoignages de 21 Canadiens en souffrance quotidienne. Ces témoignages, provenant de toutes les provinces du pays, confirment l'impact positif de la marijuana sur la vie des malades en souffrance (réduction de la souffrance et possibilité de fonctionner au quotidien à nouveau) et leur grande difficulté, ou plutôt leur quasi-impossibilité, à trouver un médecin prêt à signer le formulaire leur permettant de se procurer de la marijuana légalement.

Une statistique a particulièrement frappé la Cour : au Canada, moins de 1% des demandes d'accès à de la marijuana médicale sont autorisées par un médecin alors que le demandeur remplit toutes les conditions légales.

Les médecins canadiens ont, à de nombreuses reprises, fait part de leur inquiétudes d'être la pierre angulaire de ce système. La marijuana n'est pas un médicament approuvé ou testé, et beaucoup de médecins se sentent confrontés à un dilemme éthique lorsqu'on leur demande de prescrire à leurs patients une substance qualifiée comme narcotique, alors qu'ils pourraient leur prescrire des médicaments testés et approuvés (bien que ces médicaments n'aient pas les mêmes vertus que la marijuana).

M. Mernagh a soutenu que le système mis en place par le RAMM était inefficace car l'empêchant d'avoir un accès effectif à de la marijuana médicinale. Il viole donc son droit à la liberté et la sécurité (garanti par l'article 7 de la *Charte canadienne*). Il a rappelé que dans les arrêts *Parker* et *Hitzig*, la Cour d'appel de l'Ontario avait établi que si les médecins avaient un rôle fondamental à jouer dans un dispositif d'accès à de la marijuana pour des fins médicales, il n'en demeurerait pas moins que l'accès à la marijuana pour les individus malades était un droit constitutionnalisé par l'article 7 de la *Charte canadienne*. La Cour d'appel avait aussi jugé qu'interdire au moyen du droit criminel l'accès à des drogues à des individus malades était contraire à l'idée que l'on peut se faire de la notion de justice.

La Couronne, quant à elle, a soutenu que le RAMM et la LDS n'étaient pas inconstitutionnels. Pour elle, le fait que des personnes

nécessitant de la marijuana à des fins thérapeutiques en soient privées ne résulte pas d'une défaillance de la législation mais seulement de l'attitude des médecins. Elle rappelait du reste les objectifs impérieux de santé publique et de lutte contre le trafic de stupéfiants que les législations mises en cause poursuivent.

Dans sa décision, la Cour supérieure de l'Ontario a tout d'abord rappelé que les droits garantis par l'article 7 de la Charte canadienne incluent le droit au traitement médical d'un état dangereux pour la vie ou la santé, sans menace de répression pénale, comme l'a jugé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Morgentaler*.⁴ Pour la Cour supérieure de l'Ontario, la défense offerte par le RAMM lorsqu'un individu est accusé de possession ou de production de marijuana est donc illusoire et en contradiction avec les principes de justice fondamentaux canadiens, puisque dans les faits le RAMM est inaccessible pour l'écrasante majorité des gens en ayant besoin.

La Cour a effectué une analyse classique de l'objet et des effets de la loi. Elle a conclu que l'objet du système législatif était valide, et qu'il était nécessaire de protéger la santé publique, et de lutter contre la drogue, en assortissant l'accès à la marijuana à des règles strictes. Mais ce sont les effets du système législatif qui ont été jugés invalides, car le système aboutit en pratique à empêcher les malades d'avoir accès à de la marijuana pour fins thérapeutiques. Ceci constitue une violation injustifiée de l'article 7 de la *Charte canadienne*, étant donné notamment qu'elle n'avait aucun lien rationnel avec l'objectif législatif poursuivi et ne constituait pas une atteinte minimale.

En réponse à la Couronne, qui imputait l'échec du système aux médecins, la Cour a souligné qu'il revient au Parlement de s'assurer de la coopération et de l'information des médecins lorsqu'elle les place au cœur d'un dispositif législatif. La déficience du système législatif en question est donc pas le fait des médecins, mais résulte du fait que rien n'a été fait par le Parlement pour s'assurer leur coopération et leur participation effective au programme.

Pour ces raisons, la Cour supérieure de l'Ontario a jugé que le RAMM

et les articles 4 et 7 de la LDS, prohibant la possession et la production de marijuana, étaient constitutionnellement invalides car violant les garanties offertes par l'article 7 de la *Charte canadienne*. M. Mernagh a donc ainsi été acquitté des charges criminelles pesant contre lui.

La Couronne a fait appel du jugement de la Cour supérieure. La déclaration d'invalidité a ainsi été suspendue jusqu'à ce que la Cour d'appel de l'Ontario rende son arrêt.

— Rémi Weiss

Rémi Weiss (remi.weiss@mail.mcgill.ca) est étudiant en troisième année de droit à l'Université McGill à Montréal.

¹ *R v Mernagh*, [2011] OJ No 1669, 2011 ONSC 2121.

² *R v Parker* (2000), 49 OR (3d) 481, 188 DLR (4th) 385 (CA).

³ *Hitzig v Canada* (2003), 231 DLR (4th) 104 (Ont CA).

⁴ *R c Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30.

Un tribunal ontarien confirme un accord négocié dans un recours collectif portant sur l'utilisation de matériel non stérile dans un salon de tatouage

Au début de 2011, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a confirmé un accord négocié entre Peel Region et Peel Public Health et un groupe de personnes qui avaient été exposées à une infection transmissible par le sang à la suite de l'utilisation de matériel non stérile au salon de tatouage Moonshin.

On a allégué que les premiers avaient manqué à leur obligation de diligence imposée par la common law et par la loi envers les personnes en question, du fait qu'ils n'avaient pas effectué d'inspections annuelles du salon de tatouage Moonshin entre mars 2005 et février 2009, exposant ainsi ces

personnes au risque de contracter les hépatites B et C et le VIH.¹

Peel Public Health, un service de la municipalité régionale de Peel, était chargé de réglementer et de surveiller les activités du salon de tatouage Moonshin, aux termes de la *Loi sur la protection et la promotion de la*

santé. En mars 2009, Peel Region et Peel Public Health ont émis un avis public affirmant qu'environ 3 000 personnes qui s'étaient fait faire des tatouages ou des perçages au salon de tatouage Moonshin Tattoo entre mars 2005 et février 2009 avaient peut-être été exposées au risque de contracter

le VHB, le VHC et le VIH en raison de l'utilisation d'instruments ou de matériel non stériles.

Ruben Travassos s'est fait tatouer au salon Moonshin en mars 2007. Il a intenté un recours collectif au nom de toutes les personnes qui ont reçu des tatouages pendant la période de l'avertissement émis et qui ont contracté l'hépatite B ou C ou le VIH (les « personnes infectées »), ou qui ont été exposées au risque de contracter ces hépatites ou le VIH (les « personnes non infectées »), ou qui étaient des membres vivants des familles de personnes infectées ou non infectées.

Les demandeurs et Peel Region et Peel Public Health ont entrepris des

négociations et en sont arrivés à un accord. Les défenderesses ont accepté d'établir un fonds de 900 000 \$ pour les personnes non infectées, chaque personne recevant un montant égal d'au plus 225 \$ et un fonds de 200 000 \$ pour les personnes infectées. Les parties ont convenu que les membres vivants des familles de personnes infectées ou non infectées ne recevraient aucune indemnité distincte.

La Cour a confirmé que la demande répondait à toutes les exigences de certification comme recours collectif aux termes de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* et a également homologué la transaction, la jugeant équitable, raisonnable et

dans le meilleur intérêt des membres du groupe.

— Shalini Thomas

Shalini Thomas (shalini.thomas@queensu.ca) est étudiante en troisième année à la Faculté de droit de l'Université Queen's, à Kingston (Ontario).

¹ *Travassos c. Moonshin Tattoo*, [2011] O.J. No. 1693 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).

Les coûts de la marijuana d'un centre de compassion seront couverts

In 2010, le Tribunal d'appel de la sécurité professionnelle et de l'assurance contre les accidents du travail de l'Ontario a statué que les coûts de marijuana de Gary Simpson devaient être remboursés.¹ Simpson a subi une blessure aigüe au dos en 2000 pendant qu'il travaillait comme mécanicien de machinerie lourde. En 2003, Santé Canada a approuvé sa demande relative à l'accès à de la marijuana médicale.

Même si la marijuana aidait à réduire le besoin Simpson de prendre des médicaments contre la douleur, la Commission de la sécurité professionnelle et de l'assurance contre les accidents du travail (CSPAAT) ne l'a pas

reconnue comme médicament, notamment lorsque Simpson a obtenu de la marijuana du Toronto Compassion Centre. Cette décision a été infirmée par le Tribunal d'appel qui a statué que la CSPAAT devrait couvrir le coût de la marijuana que

Simpson avait obtenue du centre de compassion.

¹ « Cannabis Costs Reimbursed by Law », *The Compassionate Voice: Newsletter of the BCCS*, avril/mai/juin 2011, p. 3.

Droit criminel et transmission du VIH ou exposition

Ontario — Un homme déclaré coupable de meurtre au premier degré pour transmission du VIH est déclaré délinquant dangereux

Le 2 août 2011, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a accueilli une demande des procureurs de la Couronne pour que Johnson Aziga soit déclaré délinquant dangereux en raison d'un risque élevé de récidive.¹ En tant que délinquant dangereux, Aziga devra purger une peine d'emprisonnement indéterminée jusqu'à ce qu'il soit admissible à un examen de libération conditionnelle dans sept ans. Il sera également l'objet d'une ordonnance de surveillance à perpétuité s'il est un jour libéré.

En 2009, Aziga a été déclaré coupable, par un jury, de deux chefs de meurtre au premier degré, dix chefs d'agression sexuelle grave et un chef de tentative d'agression sexuelle grave en lien avec des relations sexuelles non protégées qu'il a eues avec onze femmes sans leur dire qu'il était séropositif. Il a été la première personne au Canada à être accusé et déclaré coupable de meurtre au premier degré après que deux des sept femmes qui ont reçu un résultat positif au test du VIH soient décédées de cancers liés au sida.

D'après le juge Lofchik, de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, si Aziga n'est pas déclaré délinquant dangereux, il « mettrait en péril la sécurité des femmes de cette communauté » lors de sa libération.²

Le juge Lofchik a en outre statué que Aziga avait fait preuve de peu de remords à l'endroit des plaignantes et de leurs familles.

Le juge a également ordonné qu'Aziga soit inscrit au registre national des crimes sexuels, se soumettre à un test d'ADN, se voir confisquer son ordinateur portable et ne communiquer pas avec les plaignantes sans leur consentement.³ Détenu depuis 2003, on s'attend à ce que Aziga interjette appel de ses condamnations pour meurtre pour lesquelles il devra purger une peine automatique d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans.

Des accusations de tentative de meurtre contre un homme accusé de non-divulagation du VIH sont rejetées

Le 13 juillet 2011, le juge David Wake de la Cour de justice de l'Ontario a rejeté quatre accusations de tentative de meurtre contre Steven Paul Boone.⁴ Dans sa décision, le juge Wake aurait dit que le VIH n'était plus une « condamnation automatique à mort », et que la mort n'était plus une « conséquence inévitable ni même probable » de l'infection à VIH.⁵ En outre, le juge a conclu qu'il n'y avait pas assez d'éléments de preuve qui permettraient à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, de conclure que Boon

avait eu l'intention de tuer les plaignants.⁶

Le jugement, rendu au terme d'une enquête préliminaire, a pour effet de retirer les quatre accusations les plus graves portées contre Boon, contre qui pèsent encore 21 accusations, y compris pour agression sexuelle grave, tentative d'agression sexuelle grave, agression sexuelle, administration d'une substance délétère et tentative d'administration de substance délétère. Une accusation d'agression sexuelle grave contre un des plaignants a été annulée à la demande du ministère public.

Les premières accusations contre Boone remontent à mai 2011, lorsqu'un homme a contracté le VIH après que les deux aient eu des relations sexuelles non protégées; par la suite, d'autres hommes se sont manifestés, alléguant avoir eu des contacts sexuels avec Boone. Il est détenu depuis son arrestation. Aucune date n'a encore été fixée pour l'instruction des accusations en instance.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique rejette l'appel de Mzite

Le 10 juin 2011, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel de Charles Mzite de ses condamnations sous quatre chefs d'agression sexuelle grave.⁷ La Cour suprême de la Colombie-Britannique avait déclaré Mzite coupable en mars 2009 après avoir conclu qu'il avait eu

des relations sexuelles non protégées avec quatre plaignantes sans leur avoir dit qu'il était séropositif.⁸

Mzite a fait valoir deux motifs d'appel. Premièrement, il a plaidé que le juge du procès avait eu tort d'admettre en preuve ses déclarations à la police pendant qu'il était en détention, portant ainsi atteinte à son droit, garanti par l'alinéa 10 b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la *Charte*), de consulter l'avocat de son choix.⁹ Deuxièmement, Mzite a soutenu que les déclarations de culpabilité étaient déraisonnables et non appuyées par la preuve, la principale question de fait étant de savoir s'il se savait séropositif au moment où il a eu des relations sexuelles non protégées avec les plaignantes.

En septembre 2007, Mzite a été arrêté et détenu à Vancouver, où il a demandé de parler à un avocat en particulier dont il avait oublié le nom et les coordonnées. Mzite a fini par parler à un avocat de l'aide juridique. Lorsqu'il a été transféré à Victoria, il a parlé à un autre avocat de l'aide juridique.

Le juge du procès a conclu que Mzite ne s'était pas vu priver d'une occasion raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et que les conseils qu'il avait reçus des avocats de l'aide juridique étaient compatibles avec l'alinéa 10b) de la *Charte* et représentaient ce qu'il devait savoir pendant l'interrogatoire de police subséquent. Le juge du procès a donc conclu que Mzite avait échoué à établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'il y avait eu atteinte à ses droits garantis par la *Charte* et a admis la preuve.

Mzite a plaidé qu'il avait le droit de consulter l'avocat de son choix, qu'il avait clairement communiqué à la police son souhait de le faire et que

la police avait manqué à son obligation de faire respecter ce droit ou d'en faciliter l'exercice. Par conséquent, ses déclarations à la police auraient dû être exclues. La Cour d'appel a conclu que les conclusions du juge du procès étaient bien fondées et méritaient la déférence. En outre, la Cour a conclu qu'en parlant à deux avocats de l'aide juridique et en ne s'étant pas plaint des conseils qu'il avait reçus aux deux occasions, le droit à l'assistance d'un avocat garanti à Mzite par la *Charte* avait été respecté. Ce motif d'appel a donc été rejeté.

En ce qui a trait au deuxième moyen d'appel, la question fondamentale était de savoir si Mzite se savait séropositif quand il a eu des relations sexuelles avec les plaignantes, en présence de preuves contradictoires.

En 2001, Mzite a passé un test du VIH qui s'est révélé positif dans une clinique à Victoria, mais les dossiers de cette clinique ne renferment aucune information comme quoi il s'y est rendu pour en connaître le résultat. Mzite a prétendu que ce n'est qu'en novembre 2004 qu'il a su qu'il était séropositif lorsque l'une des plaignantes lui a dit qu'elle avait reçu un résultat positif au test du VIH, après quoi Mzite a passé un autre test qui s'est révélé positif.

En juillet 2006, la même plaignante a affirmé dans son témoignage qu'elle avait eu une conversation avec Mzite au cours de laquelle il avait dit qu'il se savait séropositif depuis 1995 et s'est excusé de lui avoir menti et de lui avoir transmis le VIH. Bien que Mzite n'ait pas contesté cette admission, il a affirmé dans son témoignage qu'il avait menti à la plaignante sur le moment où il a appris pour la première fois qu'il

était séropositif parce qu'il croyait que cette admission mettrait fin à la discussion et parce qu'elle avait menacé d'aller à la police autrement.

Entre autres éléments de preuve, le juge du procès a considéré la preuve d'expert concernant la durée probable de la séropositivité de Mzite. Selon un médecin, en s'appuyant sur les résultats d'analyse de sang de février 2005, Mzite était séropositif depuis cinq à sept ans et sa séropositivité aurait pu remonter à 1995. Après avoir examiné l'ensemble de la preuve, le juge du procès a conclu que le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable que Mzite se savait séropositif au moment où il a eu des relations sexuelles non protégées avec chacune des quatre plaignantes.

La Cour d'appel a conclu que la preuve appuyait amplement la conclusion du juge du procès selon laquelle Mzite se savait séropositif au moment où il a eu des relations sexuelles avec les plaignantes. Même s'il y avait des éléments de preuve contradictoires, l'ensemble de la preuve appuyait la conclusion du juge du procès. La Cour d'appel a donc rejeté l'appel de Mzite.

La Cour du Québec condamne un homme séropositif à l'emprisonnement

Le 17 mars 2011, la Cour du Québec a déclaré Michel Lavoie coupable d'un chef d'accusation d'agression sexuelle grave pour avoir exposé et transmis le VIH à sa conjointe.¹⁰ Le juge a aussi conclu que les éléments avaient été prouvés pour les deux autres chefs d'accusation portés

contre Lavoie pour les mêmes faits, soit négligence criminelle causant des lésions corporelles et voies de fait grave. Il a cependant prononcé un arrêt conditionnel de ces procédures afin d'éviter des condamnations multiples pour les mêmes faits.

Lavoie reçoit un résultat positif au test du VIH en 1997. En avril 2003, il commence à fréquenter la plaignante et à avoir des rapports sexuels avec elle. Dès le mois de mai, celle-ci éprouve différents troubles de santé, se retrouve à l'hôpital et reçoit un résultat positif au test du VIH.

Lavoie témoigne à l'effet qu'il lui a divulgué sa séropositivité avant leur premier rapport sexuel et que des condoms ont été utilisés. Mais la plaignante témoigne quant à elle que Lavoie lui a caché sa séropositivité et qu'ils ont eu plusieurs rapports non protégés. Elle n'aurait appris la séropositivité de Lavoie qu'après avoir obtenu son propre diagnostic, lorsque son médecin a demandé à Lavoie de passer un test dont le résultat s'est avéré positif. La plaignante et Lavoie resteront ensemble jusqu'en octobre 2005, moment où elle le quittera après avoir subi plusieurs incidents de violence conjugale.

Le juge a considéré que le témoignage de Lavoie ne permettait pas de mettre en doute celui de la plaignante et a condamné Lavoie à une peine de 6 ans et 7 mois de prison.¹¹

Commentaire

Plusieurs éléments importants n'ont pas été adressés dans la décision, ce qui soulève certaines préoccupations.

Premièrement, la transmission du VIH de Lavoie à la plaignante a été acceptée comme un fait établi par toutes les parties au litige sans qu'aucune preuve ne soit déposée à cet effet. Bien qu'il soit vraisemblable

que la plaignante ait contracté le VIH de Lavoie, il demeure inquiétant que cet élément ait été tenu pour acquis dans le cadre d'une poursuite criminelle, d'autant plus que la transmission a été considérée comme facteur aggravant lors de la détermination de la peine.¹²

Deuxièmement, Lavoie a été déclaré coupable pour des rapports sexuels ayant eu lieu après que la plaignante est devenue séropositive et connaisse le statut de Lavoie et ce, sans que ce point ne soit soulevé ni par la défense, ni par le juge. En effet, la plaignante a appris sa propre séropositivité en mai 2003 et celle de Lavoie au mois de juin de la même année. Or, la majorité des chefs d'accusation ont porté sur leurs rapports sexuels ayant eu lieu du mois de juin 2003 à la fin de leur relation. Pourtant, la loi est claire, une personne ne peut être condamnée qu'en cas de non-divulgence de son statut à son partenaire.

Cette décision soulève aussi des inquiétudes quant aux connaissances limitées du VIH et des ses enjeux par les personnes appelées à décider du sort des accusées. Le juge mentionne à plusieurs reprises que Lavoie niait sa maladie, refusait de se faire traiter et croyait pouvoir s'en sortir seul. Il porte un regard sévère sur l'incapacité de celui-ci à accepter sa maladie, allant même jusqu'à suggérer qu'il avait l'obligation de se faire soigner : « À force de faire du déni de sa maladie et d'agir comme s'il ne l'avait pas — on parle du VIH — autant vis-à-vis de lui que des autres, il a menti à tout le monde, lui-même y compris, d'où sa négligence grossière à se faire suivre tel que recommandé et de se faire soigner au besoin ».¹³

Enfin, lors de la détermination de la peine, le juge revient sur la

négligence par Lavoie de sa maladie et considère qu'il s'agit d'un facteur aggravant.

— Stéphanie Claivaz-Loranger

Stéphanie Claivaz-Loranger (stephanie.claivazloranger@cocqsida.com) est la coordonnatrice du programme Droits de la personne et VIH/sida de la COCQ-SIDA.

La Cour fédérale confirme la mesure de renvoi d'une femme déclarée coupable de non-divulgence du VIH

Suwalee Iamkhong, une résidente permanente originaire de Thaïlande, avait été déclarée coupable en 2007 de voies de fait graves et de négligence criminelle ayant causé des lésions corporelles pour avoir sciemment transmis le VIH à son mari par des rapports sexuels non protégés.¹⁴ Elle a été condamnée à une peine d'emprisonnement de trois ans, ce qui pouvait entraîner son expulsion du Canada pour « grande criminalité ».

À la suite de la déclaration de culpabilité d'Iamkhong, un rapport d'interdiction de territoire a été décerné contre elle, de sorte qu'elle pouvait être expulsée du Canada. Ce rapport a été confirmé par la suite par la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. À son avis, même si Iamkhong n'était pas une « criminelle endurcie », ses condamnations répondaient au critère d'expulsion aux termes de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et la gravité de son crime était telle que « la barre est extrême-

ment haute pour qu'elle puisse rester au Canada ». ¹⁵ La SAI a donc pris une mesure d'expulsion à son égard.

Iamkhong a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité et de sa peine et, en juin 2009, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé sa déclaration de culpabilité, mais a réduit la peine à deux ans moins un jour. La réduction de sa peine a permis à Iamkhong de demander le contrôle judiciaire de la décision de la SAI, pour lequel une autorisation a été accordée en décembre 2010.

En mars 2011, la Cour fédérale a rendu son jugement. ¹⁶ En examinant la décision de la SAI, la Cour a conclu que les motifs de la SAI étaient « détaillés et faisaient état d'une appréciation raisonnable de la preuve dont elle avait été saisie ». ¹⁷ La Cour a statué qu'il ne lui était pas loisible d'apprécier à nouveau la preuve ou de se substituer autrement au décideur, mais qu'elle devait se demander si la décision de la SAI était raisonnable, ce qui était le cas, selon la Cour. La Cour a donc rejeté la demande d'Iamkhong.

Une Ontarienne séropositive est condamnée à une peine d'emprisonnement pour voies de fait graves

La Cour de justice de l'Ontario a condamné June Tippeneskum à une peine d'emprisonnement de trois ans et demie pour voies de fait graves après qu'elle a plaidé coupable d'avoir omis divulgué sa séropositivité à son ex-partenaire qui a contracté le virus en conséquence. ¹⁸

Tippeneskum, une femme autochtone âgée de 23 ans, se savait séro-

positive alors qu'elle vivait une relation conjugale avec le plaignant, Bruce Koostachin, pendant plusieurs années. Pendant cette période, elle ne lui a pas révélé sa séropositivité et ce n'est qu'après leur rupture que le plaignant a appris qu'elle lui avait transmis le VIH.

Tippeneskum, une membre de la Première nation d'Attawapiskat, avait été exposée à de la violence, des abus et de la négligence depuis l'âge de cinq ans, lorsqu'elle a commencé à être suivie par les services de protection à l'enfance. Dès l'âge de 13 ans, elle faisait usage de drogues et d'alcool, avait été renvoyée de l'école et a eu sa première expérience avec le système de justice pénale. Depuis lors, son casier judiciaire comprenait des crimes de violence, des infractions contre les biens et des infractions contre l'administration de la justice. Tippeneskum avait deux jeunes enfants pris en charge par sa famille élargie.

Pour déterminer la peine appropriée, le tribunal s'est appuyé sur l'article 718 du *Code criminel*, qui prévoit les objectifs et les principes de détermination de la peine. ¹⁹ Ceux-ci comprennent la dissuasion, la réinsertion sociale et la réparation des torts causés aux victimes. L'article 718.1 prévoit également que la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Dans *R. c. Gladue*, ²⁰ la Cour suprême du Canada a affirmé que l'article 718.2 réaffirmait que dans des affaires intéressant des délinquants autochtones, les tribunaux devaient considérer, avant de déterminer la peine, toute circonstance aggravante ou atténuante, notamment les facteurs systémiques ou historiques distinctifs

qui peuvent être une des raisons pour lesquelles la personne se retrouve devant les tribunaux.

Tippeneskum a plaidé coupable aux accusations suivantes : voies de fait graves, manquement aux conditions de probation, vol et défaut de comparaître. Elle a également exprimé du remords pour ses gestes.

Comme l'a affirmé le juge Cory dans l'arrêt *R. v. Cuerrier*, la dissuasion et la dénonciation sont les principaux objectifs de la peine dans des affaires de voies de fait grave de cette nature. ²¹ La Cour de l'Ontario a considéré la preuve et a pris en compte la jeunesse relative de Tippeneskum, les facteurs systémiques qui ont contribué à son crime et l'objectif de réinsertion sociale de la peine. Elle a également reconnu que la vie du plaignant avait été « transformée à jamais » et qu'il fallait infliger une peine qui dissuaderait Tippeneskum et d'autres d'agir de la sorte.

Tippeneskum a donc été condamnée à une peine d'emprisonnement relativement à l'accusation de voies de fait graves. Le tribunal a déduit de sa peine les cinq mois de sa détention présentencielle. Le tribunal a également ordonné à Tippeneskum de fournir un échantillon d'ADN, puisque les voies de fait graves sont une infraction primaire. En vertu de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*, les tribunaux ont le pouvoir d'ordonner aux auteurs d'infractions primaires et secondaires de fournir des échantillons qui peuvent alors être conservées dans une banque de données nationale pour utilisation dans des enquêtes portant sur des crimes non résolus. ²²

— Shalini Thomas

Shalini Thomas (shalini.thomas@queensu.ca) est étudiante en troisième année à la Faculté de droit à l'Université Queen's, Kingston (Ontario)

Un tribunal ontarien condamne un homme à une peine d'emprisonnement pour avoir omis de divulguer sa séropositivité à deux plaignantes

En juillet 2010, Lester Felix a été déclaré coupable de cinq chefs d'agression sexuelle grave et d'un chef d'agression sexuelle pour avoir omis de divulguer sa séropositivité aux plaignantes N.S. et M.F. avant d'avoir eu des relations sexuelles avec elles.²³ Le 1^{er} décembre 2010, la Cour de justice de l'Ontario l'a condamné à une peine d'emprisonnement de cinq ans pour ces déclarations de culpabilité.²⁴

Felix était détenu depuis son arrestation en août 2009, et les avocats du ministère public et de la défense ont convenu que la durée de sa peine devait être réduite à raison du double de la période de sa détention présentencielle. En conséquence, la détention présentencielle a valu à Felix une réduction de peine de 30 mois.

Le ministère public a plaidé que Felix devait être incarcéré pour une durée supplémentaire de quatre ans, ce qui aurait été l'équivalent d'une peine totale de six ans et demi. L'avocat de la défense de Felix a fait valoir que celui-ci devrait être incarcéré pour une période supplémentaire de deux ans moins un jour, c'est-à-dire une peine totale de quatre ans et demi.

Selon la juge Wright, « lorsqu'un délinquant qui se sait séropositif omet d'en informer ses partenaires sexuels, la dénonciation et la dissuasion doivent être les principaux objectifs du juge qui prononce la peine ».²⁵ La juge a également tenu compte du fait que les deux plaignantes avaient eu à endurer l'humiliation de témoigner dans une salle d'audience publique au sujet d'événements qui ont eu un effet dévastateur sur leurs vies.

En rendant sa décision, la juge Wright a considéré la gamme des peines prononcées dans des affaires de non-divulgaration du VIH, qui varient d'un an à onze ans d'emprisonnement. Au nombre des circonstances aggravantes, il y avait le fait que Felix avait un casier judiciaire, qu'il avait conscience des conséquences probables de ses actes et qu'il était parfaitement au courant de son obligation de divulguer sa séropositivité à tous ses partenaires sexuels, ainsi que les conséquences qu'ont eu la non-divulgaration sur les plaignantes, des femmes « particulièrement vulnérables ».²⁶ Au nombre des circonstances atténuantes, il y avait le fait qu'aucune des deux plaignantes n'avait contracté le VIH, que Felix était relativement jeune, avec des perspectives d'avenir et une famille aimante avec qui il était demeuré proche, ce qui augmentait ses chances de réinsertion sociale, et qu'en ce qui a trait à une des plaignantes, il n'y avait eu qu'une seule relation sexuelle.

En prenant en compte tous ces facteurs, la juge Wright a condamné Felix à une peine globale de cinq ans. La déduction de la période de détention présentencielle de deux ans et demi signifiait qu'il lui restait deux ans et demi à purger. En plus, la juge a ordonné à Felix de fournir

un échantillon de son ADN et lui a interdit de posséder des armes à feu, d'autres armes ou des munitions.

Un homme séropositif plaide coupable d'agression sexuelle pour avoir eu des relations sexuelles non protégées sans avoir divulgué son état

En mai 2011, Varney Kawah a plaidé coupable d'agression sexuelle pour avoir eu des relations sexuelles non protégées avec une femme sans lui avoir divulgué son état.²⁷

Kawah, qui est venu au Canada des États-Unis en juin 2009, a eu entre 40 et 50 relations sexuelles avec la femme, sur une période de plus d'un an, et n'a pas toujours porté un condom. Il ne lui a jamais révélé sa séropositivité.

D'après le ministère public, la femme a appris que Kawah était séropositif en janvier 2011 après avoir ouvert une lettre, adressée à ce dernier de University of Ottawa Medical Associates, lui demandant de l'argent pour faire du counseling auprès de personnes vivant avec le VIH. La femme a depuis passé le test du VIH et elle n'a pas contracté le virus.

Kawah, qui était accusé d'agression sexuelle grave, a plaidé coupable à l'accusation moins grave d'agression sexuelle. Originaire du Libéria, Kawah a revendiqué sans succès le statut de réfugié au Canada en 2009. Le plaidoyer de culpabilité de Kawah a été suspendu et il a été expulsé vers le Libéria en juin 2011.²⁸

Un homme de Calgary plaide coupable d'agression sexuelle pour non-divulagation du VIH

Devant un tribunal de Red Deer (Alberta), Paul Thomson a plaidé coupable d'agression sexuelle en juin 2011 pour avoir omis de divulguer sa séropositivité à sa partenaire, une femme âgée de 25 ans.²⁹ À l'origine, Thomson avait été accusé sous 11 chefs d'agression sexuelle contre la plaignante, qui n'a pas contracté le virus.³⁰

Détenu depuis juillet 2009, Thomson a été condamné à une peine d'emprisonnement de 46 mois qu'il avait déjà purgée, puisque sa peine a été réduite à raison du double de la durée de sa détention présentencielle. Toutefois, le tribunal a ordonné à Thomson de se rendre à un hôpital psychiatrique de Ponoka (Alberta), aux termes d'une ordonnance de santé publique. Le tribunal a également ordonné à Thomson de fournir un échantillon d'ADN dans le cadre de son plaidoyer et de s'inscrire au registre national des délinquants sexuels.

Un Ontarien mis en probation pour avoir omis de divulguer sa séropositivité avant des relations sexuelles non protégées

En mai 2011, Colin Ubdegrove a plaidé coupable de voies de fait pour avoir eu des relations sexuelles non protégées avec une femme sans lui avoir divulgué sa séropositivité.³¹ La plaignante n'a pas contracté le virus. À la recommandation conjointe des

avocats du ministère public et de la défense, Ubdegrove a été mis en probation pour une période de 26 mois. Comme condition de sa probation, le juge Belch a ordonné à Ubdegrove de divulguer sa séropositivité à tous ses partenaires sexuels.

Même si Ubdegrove a prétendu avoir divulgué sa séropositivité à la plaignante, son avocat a dit au juge qu'Ubdegrove était « prêt à admettre que la plaignante croyait le contraire et considère par ailleurs que son consentement était vicié ».³²

D'après l'avocat du ministère public, Ubdegrove a eu des relations sexuelles avec la plaignante une quinzaine de fois, et à trois occasions ne portait pas de condom. La plaignante aurait dit à la police que la relation a pris fin après qu'elle a découvert les médicaments d'Ubdegrove contre le VIH dans une armoire.

⁷ R. v. Mzite, 2011 BCCA 267 (Cour d'appel de la Colombie-Britannique).

⁸ R. v. Mzite, n° du greffe de Victoria 140259-2, 2 mars 2009 (Cour suprême de la Colombie-Britannique).

⁹ Charte canadienne des droits et libertés, 1982, L.R.C. 1985, app. II, n° 44, annexe B, alinéa 10 b): « Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit. »

¹⁰ R. c. Lavoie, 400-01-051831-089, non rapporté, 17 mars 2011, Juge Poudrier.

¹¹ Jugement sur sentence, Juge Poudrier, 7 avril 2011, CD audio (non publié).

¹² Ibid.

¹³ R. c. Lavoie, *supra*.

¹⁴ Pour une discussion de cette affaire, voir S. Chu, « Une femme "qui aurait dû savoir" qu'elle était séropositive est condamnée à deux ans d'emprisonnement », *Revue VIH/sida, droit et politiques* 12(2/3), décembre 2007, p. 49.

¹⁵ *Suwalee lamkhong c. Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile* (31 mai 2010), dossier de la SAI n° TA9-13213 (Commission de l'immigration et du statut de réfugié) aux par. 14 et 20.

¹⁶ *Suwalee lamkhong c. Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile*, 2011 FCC 355 (Cour fédérale).

¹⁷ Ibid. au par. 72.

¹⁸ R. v. Tippeneskum, [2011] O.J. No. 1925.

¹⁹ L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718.

²⁰ [1999] 1 R.C.S. 688.

²¹ [1998] 2 R.C.S. 371 au par. 142.

²² L.C. 1998, ch. 37.

²³ R. v. Felix, 2010 ONCJ 322 (Cour de justice de l'Ontario). Pour une discussion de l'affaire, voir S. Chu, « Un homme est reconnu coupable en Ontario d'agression sexuelle et d'agression sexuelle grave et à cause de son témoignage peu crédible », *Revue VIH/sida, droit et politiques* 2010, 15(1) : 26-27.

²⁴ R. c. Felix, 2010 ONCJ 654 (Cour de justice de l'Ontario).

²⁵ Ibid., au par. 13.

²⁶ Ibid., au par. 24.

²⁷ A. Seymour, « HIV-positive man admits to sex assault; Failed refugee claimant lied to partner », *Ottawa Citizen*, 18 mai 2011, p. C1.

²⁸ M. Pearson, « Man deported after pleading guilty to sex assault; Refugee claimant failed to reveal HIV status to partner », *Ottawa Citizen*, 17 juin 2011.

²⁹ St. Massinon, « HIV-positive Calgary man sent to hospital under isolation order; Pleads guilty to sexual assault for not telling partner his status » *Calgary Herald*, 22 juin 2011.

³⁰ J. Wilson, « Rare public health act isolation order for HIV-positive man », *Red Deer Advocate*, 21 juin 2011.

³¹ S. Yanagisawa, « Man pleads guilty; COURT: HIV patient had unprotected sex with woman », *Kingston Whig-Standard*, 21 mai 2011, p. 2.

³² Ibid.

¹ « HIV killer ruled dangerous offender », *CBC News*, 2 août 2011.

² L. Nguyen, « HIV-killer declared a dangerous offender », *Postmedia News*, 2 août 2011.

³ Ibid.

⁴ A. Humphreys, « HIV infection not a death sentence: judge; Dismisses charges; Man accused of knowingly spreading disease », *The National Post*, 15 juillet 2011, p. A5.

⁵ Ibid. Au moment de la rédaction, la décision n'a pas encore été publiée.

⁶ A. Seymour, « Judge in attempted murder case finds HIV no longer automatic death sentence », *Ottawa Citizen*, 13 juillet 2011.

LE VIH/SIDA DEVANT LES TRIBUNAUX — INTERNATIONAL

On trouve sous cette rubrique des résumés d'arrêts importants de la jurisprudence internationale relatifs au VIH/sida ou qui revêtent de l'importance pour les personnes qu'il affecte. La rubrique porte sur des affaires civiles et pénales. La couverture est sélective. Seuls les arrêts importants ou les jugements qui font jurisprudence sont inclus, dans la mesure où ils sont portés à l'attention de la Revue. La couverture de la jurisprudence états-unienne est très sélective. On trouve des comptes rendus d'arrêts américains dans *AIDS Policy & Law* et dans *Lesbian/Gay Law Notes*. Les lecteurs sont invités à signaler d'autres affaires dont ils auraient connaissance à Mikhail Golichenko (mgolichenko@aidslaw.ca), analyste principal des politiques au Réseau juridique canadien VIH/sida et rédacteur en chef de la présente section. Sauf indication contraire, les articles de la section ont été rédigés par M. Golichenko.

Russie — La Cour européenne des droits de l'homme juge qu'un ressortissant étranger séropositif a été l'objet de discrimination

Le 10 mars 2011, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a statué que le fait d'avoir refusé un permis de séjour à un ressortissant étranger uniquement parce qu'il était séropositif équivalait à de la discrimination illégale.¹ Cette affaire a pour effet de renforcer considérablement les droits des personnes vivant avec le VIH/sida en Europe et ailleurs.

Viktor Kiyutin, un ressortissant de l'Ouzbékistan, avait épousé une ressortissante russe avec qui il a eu un enfant en 2004. En 2002 et 2003,

sa mère et son frère ont émigré de l'Ouzbékistan en Russie. En 2003, Kiyutin a demandé un permis de séjour en Russie qui lui a été refusé

vu qu'il avait subi un test obligatoire du VIH qui s'est révélé positif. Une cour de district russe a confirmé cette décision; toutefois, Kiyutin est

demeuré en Russie avec sa femme et son enfant.

En 2009, Kiyutin a déposé une nouvelle demande que le Service fédéral de migration de Russie (SFM) a rejeté parce que, aux termes de la *Loi sur les ressortissants étrangers*, un étranger qui ne peut démontrer son état séronégatif ne peut se voir accorder un permis de séjour en Russie. Le SFM a également conclu que Kiyutin se trouvait en Russie illégalement et lui a imposé une amende. Des cours de district et d'appel russes ont continué à confirmer la décision du SFM. Son état de santé s'étant détérioré, Kiyutin a présenté une demande à la CEDH.

La cour a examiné l'affaire du point de vue des articles 8 (droit au respect de la vie privée) et 14 (interdiction de discrimination) de la *Convention européenne des droits de l'homme*, qui interdit la discrimination fondée sur plusieurs caractéristiques, notamment la religion et le sexe. L'article 14 interdit également la discrimination fondée sur « toute autre situation » et la CEDH a statué que ces mots visaient notamment les déficiences liées à la santé comme la séropositivité.

La cour a également noté que les personnes vivant avec le VIH/sida formaient un groupe vulnérable qui avait été l'objet de discrimination et de stigmatisation importantes depuis l'avènement de l'épidémie. La cour a donc statué qu'un État n'avait qu'une faible marge de manoeuvre lorsqu'il adopte des mesures qui particularisent ce groupe. La CEDH a ajouté qu'il n'existait aucun consensus parmi les États membres du Conseil de l'Europe en ce qui a trait à l'exclusion des immigrants séropositifs et que la restriction de l'immigration des personnes séropositives fondée

sur leur état de santé était maintenant limitée.²

En 2006, la Cour constitutionnelle de Russie avait rendu un arrêt portant que la *Loi sur les ressortissants étrangers* était constitutionnelle, puisqu'elle visait un objectif valable de l'État, la protection de la santé publique. Néanmoins, la CEDH a conclu que les moyens employés par la Russie pour atteindre cet objectif étaient manifestement disproportionnés et, s'appuyant sur le consensus actuel des experts, a clairement affirmé que « la présence d'une personne séropositive dans un pays ne constitue pas, en soi, une menace à la santé publique ».³

La Russie a actuellement des lois qui criminalisent la transmission du VIH. Pourtant, s'est demandée la cour, si la Russie était vraiment préoccupée par la lutte contre la transmission du VIH à ses frontières, pourquoi ses ressortissants ne sont-ils pas tenus de passer un test du VIH lorsqu'ils rentrent en Russie et pourquoi les visiteurs ne sont-ils pas tenus de passer un test du VIH lorsqu'ils demandent un visa? La cour a donc conclu que la loi russe était manifestement discriminatoire à l'égard des étrangers séropositifs qui demandent le droit d'établissement au pays et que cette loi était exagérément disproportionnée.

Commentaire

Il est intéressant de noter que la CEDH a conclu qu'une loi qui exclut les immigrants séropositifs, comme celle de Russie, était inefficace et pouvait nuire à la lutte contre la transmission de la maladie. Premièrement, de telles lois pourraient encourager les ressortissants étrangers à demeurer illégalement dans un pays et à ne pas passer de

test du VIH. Par conséquent, leur état de santé demeurerait inconnu des autorités et, pire, le fait de ne pas connaître leur état sérologique pourrait les priver d'adopter un comportement préventif sécuritaire. Deuxièmement, ce type de loi pourrait créer un faux sentiment de sécurité dans la population en général et propager des stéréotypes, par exemple que les migrants sont des vecteurs de maladies. Le public pourrait alors croire que l'exclusion des personnes séropositives suffit à lutter contre l'épidémie.

La portée de l'arrêt de la CEDH dans l'affaire *Kiyutin c. Russie* est atténuée par deux remarques de la cour. Premièrement, la cour a souligné que le droit international ne conférerait pas à une personne le droit d'entrer dans un pays étranger ou de s'y établir et que des restrictions concernant les voyages peuvent être légitimes si elles sont appliquées de façon neutre, même envers les personnes séropositives. Deuxièmement, la cour a considéré que le traitement différent accordé aux personnes séropositives pouvait être objectivement justifié par le risque qu'une personne ayant le droit d'établissement pouvait devenir un fardeau public et imposer une demande excessive sur le régime de santé public. (Ce n'est pas le cas en Russie, où les ressortissants étrangers n'ont pas droit à des soins médicaux gratuits, sauf en cas d'urgence.)

Quoi qu'il en soit, la CEDH est le premier tribunal régional à statuer dans une affaire portant sur le droit et les politiques d'immigration qui interdisent l'entrée dans un pays aux personnes séropositives. Il est donc probable que le précédent qu'elle établit aura une grande portée, non seulement sur les États qui ne sont

pas membres du conseil de l'Europe, mais également dans des domaines autres que l'immigration, par exemple en matière de travail ou d'accès aux soins de santé.

— Rémi Weiss

Rémi Weiss (remi.weiss@mail.mcgill.ca) est étudiant en troisième année à la Faculté de droit de l'Université McGill à Montréal.

¹ *Kiyutin c. Russie*, 10 mars 2011, demande n° 2700/10. En ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=882651&portal=hbk&source=>

externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649.

² Parmi les 47 États membres, au moment de l'arrêt, seulement six obligeaient un demandeur de permis de séjour à présenter des résultats négatifs au test du VIH, un État exigeait une déclaration à cet effet et seulement trois États avaient des dispositions prévoyant l'expulsion de ressortissants étrangers diagnostiqués séropositifs.

³ *Kiyutin c. Russie*, *supra*, au n° 68.

L'engagement « anti-prostitution » du gouvernement états-unien est jugé inconstitutionnel

En juillet 2011, la Cour d'appel des États-Unis pour le Deuxième circuit a confirmé la décision d'un tribunal d'instance inférieure affirmant qu'une disposition de la *United States Leadership against HIV/AIDS, Tuberculosis, and Malaria Act of 2003* (Loi sur le leadership) était inconstitutionnelle.

La disposition, appelée engagement « anti-prostitution », interdisait de verser des fonds à des organismes qui ne s'opposaient pas explicitement à la prostitution ou au commerce du sexe dans une déclaration ou dans une politique organisationnelle. Elle interdisait également le financement des organismes qui préconisaient la décriminalisation du commerce du sexe. Elle obligeait également les organismes à maintenir l'engagement, même lorsqu'ils travaillaient avec des fonds de source privée, y compris des fonds provenant de gouvernements et d'organismes autres que l'United States Agency for International Development (USAID).¹

Les organisations non-gouvernementales (ONG) Alliance for Open Society International, Pathfinder

International, Global Health Council et InterAction ont intenté la poursuite contre USAID, l'U.S. Department of Health and Human Services et les Centers for Disease Control and Prevention. Les demanderesse travaillent dans les pays en développement, pour améliorer la santé mondiale, y compris pour stopper la propagation du VIH.

Les ONG ont soutenu que l'engagement anti-prostitution violait le Premier amendement de la Constitution des États-Unis — qui garantit le droit à la liberté d'expression — en forçant les organismes à adopter la politique gouvernementale à l'égard du commerce du sexe pour pouvoir obtenir du financement.² Elles ont plaidé que leurs programmes subiraient un « préjudice immi-

nent en raison de cette exigence de la politique ».³

Un élément clé du travail des ONG consiste à soutenir l'intervention publique auprès des travailleurs sexuels pour fournir de l'éducation, des soins, des traitements et un accès aux services à ceux qui sont vulnérables au VIH. Les ONG ont plaidé que l'engagement avait pour effet de stigmatiser davantage les travailleurs sexuels.

Les juges majoritaires ont souscrit à la thèse des demanderesse selon laquelle l'engagement anti-prostitution, en plus de leur interdire de poser certains gestes, les oblige à adhérer au point de vue du gouvernement.⁴ Le juge Straub, dans sa dissidence, a affirmé que l'exigence de la politique était constitutionnelle par ce que

la Loi sur le leadership conférait au gouvernement le droit de subventionner et de préconiser le message de ses méthodes préférées de lutte contre le VIH, un message qui n'a pas nécessairement à faire l'objet d'un débat public.⁵ Le juge Straub a également invité la Cour suprême à se saisir de l'affaire, puisque à son avis, les juges majoritaires ont compliqué les questions davantage, plutôt que de les clarifier.⁶

« L'engagement 'anti-prostitution' du gouvernement américain mine ses efforts mondiaux de lutte contre le VIH/sida » a affirmé Rebecca Schleifer de Human Rights Watch à la suite du jugement. « Il viole également la liberté d'expression des groupes de lutte contre le sida et mine le droit fondamental des travailleurs sexuels à des renseignements sur le VIH/sida susceptibles de leur sauver la vie. »⁷

Bien que les organismes ayant leur siège aux États-Unis ne soient plus liés par l'engagement anti-prostitution, les organismes étrangers ne sont pas protégés par le Premier amendement et ils doivent donc continuer à se conformer à la politique pour recevoir du financement.

À l'origine, l'engagement s'appliquait aux organismes ayant leur siège à l'extérieur des États-Unis; toutefois, une directive de USAID en 2005 l'a rendu applicable aux organismes états-uniens également.⁸ La politique a été prise en application du President's Emergency Plan for AIDS Relief (PEPFAR), qui fournit du financement aux organismes et aux gouvernements mondiaux qui luttent contre le VIH.

— Eli Arkin

Eli Arkin (earkin@aidslaw.ca) est agent de recherche et de soutien aux programmes au Réseau juridique canadien VIH/sida.

¹ Pathfinder International, « Victory for Free Speech and Public Health », communiqué de presse, Washington, DC, 6 juillet 2011.

² Pathfinder International, *The Anti-Prostitution Loyalty Oath: Undermining HIV and AIDS Prevention and US Foreign Policy*, mars 2006.

³ *Alliance for Open Society International v. U.S. Agency for International Development*, United States Court of Appeals, 2nd Circuit, No. 08-4917-cv, 6 juillet 2011.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ « Court Overrules Anti-Prostitution Gag Rule for US Groups », AlertNet, 8 juillet 2011.

⁸ International Women's Health Coalition, « The New Litmus Test: Limiting free speech, compromising sound practices ». En ligne : www.iwhc.org/index.php?option=com_content&task=view&id=319&Itemid=800.

Russie — Une cour de district confirme l'interdiction légale du traitement de substitution aux opiacés

Le 27 mai 2011, la Cour de district de Leninsky de la région de Kaliningrad a confirmé le refus du ministère de la Santé de la région de Kaliningrad d'assurer l'accès à la thérapie de substitution aux opiacés (TSO) comme traitement efficace de la dépendance aux opiacés et une intervention efficace pour la prévention du VIH chez les personnes qui s'injectent des drogues.

La plainte avait été déposée le 27 avril par Irina Teplinskaya. Par l'injection non sécuritaire de drogue, elle a contracté le VIH et l'hépatite C.

Teplinskaya a été emprisonnée à cinq occasions distinctes pour des infractions liées à la drogue et, au total, elle a passé 16 ans dans des prisons russes.

Pendant qu'elle purgeait sa dernière peine, de 2005 à 2009, Teplinskaya a contracté la tuberculose et sa maladie à VIH est passée au stade de sida.

Pendant trois décennies, Teplinskaya a été incapable de fonctionner sans opiacés illicites. Elle a affirmé que les conséquences psychologiques d'un sevrage étaient une peur constante et que si elle pouvait avoir accès à une TSO avec méthadone ou buprénorphine, elle pourrait cesser d'utiliser des opiacés illicites et mener une vie stable.

Dans sa plainte, préparée avec l'aide du Réseau juridique canadien VIH/sida, elle a soutenu que par son refus de donner accès à un traitement efficace de la dépendance à la drogue, le ministre russe de la Santé violait ses droits à la santé, à la protection contre les traitements inhumains et dégradants, à la vie privée et à la protection contre la discrimination. Ces droits sont protégés par la constitution de la Fédération de Russie. Fait important, le paragraphe 15(4) prévoit que « les principes et les normes universellement reconnus du droit international et les traités internationaux de la Fédération de Russie sont des éléments de son système juridique. Si un traité international [...] établit des règles autres que les règles du droit interne, les règles du traité international l'emportent ».¹

La Russie a ratifié le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La plainte était fondée sur la règle constitutionnelle de la primauté des traités internationaux de la Fédération de Russie sur ses règles de droit interne, particulièrement les articles 14 et 31(6) de la *Loi fédérale de 1998 sur les stupéfiants et les substances psychotropes* qui interdit expressément

l'usage de la méthadone et de la buprénorphine pour le traitement de la pharmacodépendance.

Teplinskaya a noté que le Conseil de la fédération — la chambre haute du parlement fédéral russe — avait conclu que « si un tribunal ou toute autre autorité de l'État refuse d'appliquer une disposition d'un traité international comme règle de mise en œuvre directe, cette autorité doit d'abord fournir une explication valable de ce refus ».² Elle a également plaidé que la Cour suprême de la Fédération de Russie avait clairement ordonné aux tribunaux d'instance inférieure de ne pas appliquer les règles de droit interne si un traité international prévoyait des règles différentes. Dans ce cas, le traité international l'emporte.³ Teplinskaya a également affirmé que la Cour suprême avait déjà informé les tribunaux d'instance inférieure que « le sens des règles du droit international pouvait être révélé notamment à l'aide des documents des Nations Unies et de ses institutions spécialisées ».⁴

Une semaine avant le procès, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a recommandé à la Fédération de Russie, dans ses observations finales, « d'établir des bases juridiques claires et de soutenir l'application des mesures internationalement reconnues de prévention du VIH chez les personnes qui s'injectent des drogues, notamment les thérapies de substitution aux opiacés par la méthadone et la buprénorphine ».⁵ La cour de district a été informée de cette conclusion à l'audience; toutefois, la juge Chesnokova n'en a pas tenu compte, non plus que des arguments de la plaignante. Dans son bref jugement, la juge a

rejeté la demande de Teplinskaya pour avoir accès à une TSO, se fondant simplement sur la *Loi sur les stupéfiants et les substances psychotropes*.

Le fait que l'Organe international de contrôle des stupéfiants reconnaisse que les TSO ne constituent pas un manquement à quelque disposition de traité que ce soit, quelle que soit la substance utilisée pour ces traitements,⁶ n'a pas été pris en compte dans le jugement, et la juge n'a pas tenu compte du fait que la garantie d'accessibilité à des stupéfiants et à des substances psychotropes à des fins médicales est une exigence fondamentale des conventions de l'ONU en matière de drogue.

L'efficacité du traitement actuel de la toxicomanie dans la Fédération de Russie est très faible.⁷ Selon des spécialistes russes, seulement 8,6 percent des Russes qui consomment de la drogue n'en consomment plus dans l'année qui suit l'initiation d'un programme de traitement. En moyenne, un toxicomane est hospitalisé environ cinq fois par année.⁸

Teplinskaya a rapidement interjeté appel du jugement de la cour de district de Leninsky. Le 3 août, la cour d'appel a confirmé le verdict de la cour de district. Le 25 août, Teplinskaya a déposé une plainte à la Cour européenne des droits de l'homme.

¹ Traduction officielle.

² Résolution du 8 février 2006 n° 36-SF.

³ Résolution de la Cour suprême en plénière n° 8 du 31 octobre 1995.

⁴ Résolution de la Cour suprême en plénière n° 5 du 10 octobre 2003. La plainte a fait mention de plusieurs documents d'organismes et d'institutions spécialisées de l'ONU, par exemple l'Assemblée générale, la Commission des stupéfiants, l'Organisation mondiale de la santé, l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) et le Programme commun des Nations Unies sur le VIH/SIDA (ONUSIDA), où les TSO sont reconnues comme une méthode efficace de traitement de la

pharmacodépendance, de la prévention et du traitement du VIH et d'une intervention efficace pour la réduction du crime.

⁵ Comité des droits économiques, sociaux et culturels : observations finales sur le cinquième rapport périodique de la Fédération de Russie. Genève, 20 mai 2011. Par. 29.

⁶ Rapport de l'OICS pour 2003, par. 222.

⁷ Human Rights Watch, *Rehabilitation Required. Russia's Human Rights Obligation to Provide Evidence-based Drug Dependence Treatment*. 2007.

⁸ Commentaire de la docteure Tatyana Klemenko du Centre psychiatrique de Serbsky, Moscou, sur la stratégie de lutte contre les stupéfiants de l'État. <http://stratgap.ru/includes/periodics/comments/2009/1124/3841/detail.shtml>.

Inde — La Haute Cour statue que la peine de mort obligatoire pour des crimes liés à la drogue est inconstitutionnelle

Le 16 juin 2011, la Haute Cour de Bombay a rendu un arrêt qui a infirmé la loi prescrivant la peine de mort obligatoire pour certains crimes liés à la drogue, devenant le premier tribunal au monde à le faire.¹

Une requête a été déposée par l'Indian Harm Reduction Network (IHRN), qui considérait que la disposition prescrivant la peine de mort, à l'article 31-A de la *Narcotic Drugs and Psychotropic Substances Act, 1985 (NDPSA)*, était arbitraire, excessive et disproportionnée par rapport au crime de vente de drogue.²

IHRN a contesté la loi, plaidant qu'elle violait deux articles de la Constitution de l'Inde, c'est-à-dire l'article 14 qui prévoit que « l'État ne peut refuser à quiconque l'égalité devant la loi ou la protection égale des lois à l'intérieur du territoire de l'Inde » et l'article 21 qui dispose que « nul ne peut être privé de sa vie ou de sa liberté personnelle, sauf en conformité avec les procédures établies par la loi ».

Toutefois, la cour n'a pas annulé l'article 31-A, préférant plutôt en atténuer la portée.³ Elle n'a pas souscrit à l'argument de la requérante selon lequel la peine de mort constituait en soi une peine cruelle, inhumaine et dégradante. Elle a affirmé que cet argument n'était plus *res integra* (encore inexplorée), « puisque la Cour de l'Apex [Cour suprême de l'Inde] l'avait rejeté à maintes reprises ».⁴

L'argument de la requérante selon lequel la peine de mort pour les infractions liées à la drogue est disproportionnée a été rejeté, vu les « observations répétées de la Cour suprême comme quoi l'infraction liée aux stupéfiants ou aux substances psychotropes est encore plus odieuse que l'homicide coupable, puisque cette dernière infraction ne touche

qu'un individu, alors que la première touche et a des effets délétères sur la société, en plus de nuire à l'économie du pays ».⁵

Dans son arrêt, la cour a affirmé :

Nous avons rejeté la contestation de l'article 31-A de la NDPSA comme étant une violation de l'article 14 de la Constitution. Toutefois, puisque nous jugeons fondée la contestation de cette disposition comme étant une violation de l'article 21 de la Constitution, car elle prescrit la peine de mort obligatoire, la réparation qui conviendrait serait de déclarer inconstitutionnel l'article 31-A.⁶

La cour a ajouté ce qui suit :

Cette disposition [l'article 31-A] doit être interprétée comme directrice, c'est-à-dire que l'expression « *est*

punissable de la peine de mort » doit être interprétée de façon atténuée comme voulant dire « *peut être punissable de la peine de mort* » en lien avec les infractions visées à l'article 31-A de la loi. Par conséquent, la Cour aura le pouvoir discrétionnaire d'imposer la peine prévue à l'article 31 de la loi pour les infractions visées à l'article 31-A de la loi. Toutefois, si les circonstances le justifient, la Cour peut imposer la peine de mort pour les infractions visées à l'article 31-A, en consignait les motifs qui le justifient.⁷

Le président de l'IHRN, Luke Samson, a affirmé que cet arrêt était

« un développement positif qui signale que les tribunaux ont aussi commencé à reconnaître les principes de la réduction des méfaits et des droits de la personne en lien avec la drogue ».⁸

Rick Lines, directeur exécutif de Harm Reduction International, a noté que « la cour a confirmé au niveau national ce que les organismes internationaux des droits de la personne affirment depuis des années — c'est-à-dire que les lois liées à la drogue qui obligent les tribunaux à imposer la peine capitale sont une violation de la primauté du droit. Le système de justice de l'Inde a affirmé qu'il

est tout à fait inacceptable de rendre cette peine obligatoire ».⁹

¹ International Drug Policy Consortium, « Indian court overturns mandatory death penalty for drug offences – first in the world to do so! » 16 juin 2011, en ligne : www.idpc.net/alerts/india-death-penalty.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ *Indian Harm Reduction Network c. The Union of India*, High Court of Bombay, 16 juin 2011, au par. 65.

⁵ Ibid, au par. 75.

⁶ Ibid, au par. 81.

⁷ Ibid, au par. 89.

⁸ International Drug Policy Consortium, *supra*.

⁹ Ibid.

Irlande — L'ombudsman de la presse blâme un journal pour avoir fomenté de la haine à l'égard des personnes qui font usage de drogue

En juin 2011, l'ombudsman de la presse d'Irlande a statué en faveur d'une coalition de trois organismes qui a porté plainte contre l'*Irish Independent* pour une chronique publiée en février 2011 qui dénigrat vigoureusement les personnes qui font usage de drogue.

Dans la chronique, intitulée « La stérilisation des junkies peut sembler sévère, mais cela a du bon sens », Ian O'Doherty qualifiait les personnes qui font usage de drogue de « vermine », d'« ordures sauvages qui commettent tout le temps des méfaits » et a affirmé que « si tous les junkies du pays devaient mourir demain, j'en serais ravi ».¹

L'Irish Needle Exchange Forum, la CityWide Drugs Crisis Campaign et Harm Reduction International, appuyés par une trentaine de fournisseurs de services aux personnes qui font usage de drogue et de professionnels, ont déposé une plainte à l'ombudsman de la presse qui a conclu par la suite que la chronique de M. O'Doherty « allait vraisem-

blablement causer une grave offense ou fomenter de la haine contre des personnes ou des groupes qui ont une dépendance à la drogue, sur le fondement de leur maladie ».²

L'ombudsman a conclu que l'*Irish Independent* avait violé le *Code de déontologie* des journaux et des revues, particulièrement le principe 8 sur les préjugés. Cet article pré-

voit qu'« il est interdit aux journaux et aux revues de publier des textes qui ont pour but ou qui sont susceptibles de causer une grave offense ou de fomenter de la haine contre des personnes ou des groupes sur le fondement de leur race, religion, nationalité, couleur, origine ethnique, appartenance à la communauté nomade, sexe, orientation sexuelle, état civil, déficience, maladie ou âge ».³

Selon l'ombudsman, « ni la justification mise de l'avant dans l'article relativement aux commentaires qui font l'objet de la plainte, ni la publication subséquente par le journal de lettres d'autres plaignants, ni la publication d'un article de fond réagissant à l'article en cause ne dispensent du besoin d'affirmer clairement que cet article représente une violation du principe 8 du Code ».⁴

« Nous croyons qu'il s'agit de la première fois que les utilisateurs

de drogue ont été identifiés par un organisme de surveillance des médias comme un groupe identifiable qui a droit aux protections contre les propos haineux dans la presse » a affirmé Rick Lines, directeur exécutif de Harm Reduction International. « En ce sens, nous croyons que la décision de l'ombudsman de la presse revêt une importance d'ordre international ».⁵

D'après Tim Bingham de l'Irish Needle Exchange Forum, « La consommation de drogue est essentiellement une question de santé et doit être traitée comme telle. Les reportages sensationnalistes dans les médias ont pour effet de miner la discussion de politiques pragmatiques sur la manière de réagir à l'usage de drogue, par exemple en offrant un plus grand accès aux services de réduction des méfaits [...] Nous espérons que la décision de l'ombudsman

jouera un rôle dans la réorientation du discours des médias, l'éloignant des préjugés et de la stigmatisation et de promouvoir plutôt une discussion fondée sur les preuves d'efficacité et de santé publique. »⁶

¹ Harm Reduction International, CityWide et Irish Needle Exchange Forum « *Irish Independent* censured for 'offensive' column likely to stir hatred against drug users », communiqué de presse, Londres, 13 juin 2011.

² Ibid.

³ Press Council of Ireland, *Code of Practice*, en ligne : www.pressombudsman.ie/code-of-practice.150.html.

⁴ « The International Harm Reduction Association and others and the *Irish Independent* », *Irish Independent*, 27 juin 2011, en ligne : www.independent.ie/national-news/the-international-harm-reduction-association-and-others-and-the-irish-independent-2806529.html.

⁵ « *Irish Independent* censured for 'offensive' column likely to stir hatred against drug users » (supra).

⁶ Ibid.

Afrique du Sud — Le président de l'aile jeunesse de l'ANC formule des excuses après avoir été déclaré coupable d'avoir tenu des propos haineux

En juin 2011, quinze mois après avoir été déclaré coupable d'avoir tenu des propos haineux et de discrimination, Julius Malema, le président de l'aile jeunesse du Congrès national africain (ANC) a formulé des excuses officielles et a accepté de payer une amende de 50 000 R (7 120 \$CAN) qui faisait partie de la peine à laquelle il avait été condamné.¹

En mars 2010, la Equality Court (tribunal des droits de la personne) a déclaré Malema coupable d'avoir tenu des propos haineux et de discrimination et lui a ordonné de formuler des excuses publiques et de payer une

amende de 50 000 R dans un délai d'un mois du verdict.²

Le jugement a été rendu à la suite d'une action prise par le Sonke Gender Justice Network (le réseau Sonke) en mars 2009. Alors qu'il s'adressait à un groupe d'étudiants du Cape Peninsula University au sujet de la femme qui accusait de viol le président de l'ANC de l'époque (et l'actuel président de l'Afrique du Sud) Jacob Zuma, Malema a affirmé que « celles qui ont eu du bon temps attendent que le soleil se lève, veulent déjeuner et demandent de l'argent pour le taxi. Le matin, cette dame a demandé un déjeuner et de l'argent pour le taxi ».³

Sonke a demandé à Malema de présenter des excuses au nom de la femme qui accusait Zuma de viol et au nom de toutes les survivantes de viol. Le réseau a plaidé que les propos sexistes de Malema équivalaient à des propos haineux, perpétuaient des mythes sur le viol et la violence sexuelle. De telles croyances

minaient le travail de Sonke, qui œuvre auprès des garçons et des hommes pour prévenir la violence conjugale et sexuelle, faire la promotion de l'égalité hommes-femmes et réduire la propagation et l'impact du VIH/sida.

Dans ses excuses, Malema a expliqué qu'il ne se considérait pas un expert en victimes de viol ou en comportement des femmes après des rapports sexuels. Il a affirmé que ses commentaires se voulaient plutôt une explication des raisons pour lesquelles Zuma était encore un candidat de l'ANC.⁴

Toute en accueillant les excuses tardives de Malema, le réseau a fait remarquer son refus de respecter les conditions précises de l'ordonnance judiciaire, qui créait l'impression qu'il se considère au-dessus des lois. Le réseau s'est également dit préoccupé par le fait que l'ANC avait refusé d'imposer des mesures disciplinaires à Malema ou d'exiger qu'il se conforme rapidement à

l'ordonnance judiciaire. Le directeur adjoint de Sonke, Desmond Lesejane, a invité Malema « à respecter en tout temps la constitution du pays et les droits qui y sont prévus ».⁵

— Shalini Thomas

Shalini Thomas (shalini.thomas@queensu.ca) est une étudiante en troisième année à la Faculté de droit de l'Université Queen's.

¹ Sonke Gender Justice Network, « Sonke welcomes Julius Malema's apology, but... », communiqué de presse, juin 2011, en ligne : www.genderjustice.org.za/issue-9-july-2011/sonke-welcomes-julius-malema-s-apology-but-notes-with-concern-that-it-has-taken-15-months-for-him-to-comply-with-the-equality-court-ruling.

² Voir K. Sinclair, « Afrique du Sud — Le président de l'aile jeunesse de l'ANC est déclaré coupable d'avoir tenu des propos haineux », *Revue VIH/sida, droit et politiques* 14(3), pp. 48-50.

³ « Malema explains himself », *News 24*, 21 septembre 2009, en ligne : www.news24.com.

⁴ *Ibid.*

⁵ « Sonke welcomes Julius Malema's apology, but... », *supra*.

Droit criminel et transmission du VIH ou exposition

Belgique — Première poursuite accueillie dans une affaire de transmission du VIH

Le 9 juin 2011, un tribunal belge a déclaré un homme coupable d'avoir transmis le VIH à sa femme, le

condamnant à une peine d'emprisonnement de trois ans. Cette affaire marque la première fois qu'une personne est déclarée coupable de transmission du VIH en Belgique.¹

Baky J. a été diagnostiqué séropositif en 1994 et il n'a jamais divulgué son état à sa partenaire, qu'il a

rencontrée en 2004. Elle est devenue sa femme et, en 2005, pendant sa grossesse, elle a passé un test prénatal du VIH qui s'est révélé positif. Elle a déposé une plainte officielle au criminel et au civil en mai 2006, vu que son mari est le seul qui aurait pu l'infecter. L'enfant du couple est né

séronégatif, mais la santé de la mère s'est détériorée depuis lors.

Le fondement juridique de la poursuite pour transmission du VIH en Belgique est l'article 421 du *Code pénal*, qui permet la condamnation de « *celui qui aura involontairement causé à autrui une maladie ou une incapacité de travail personnel, en lui administrant des substances qui sont de nature à donner la mort ou à altérer gravement la santé* ».

Baky J., un fervent croyant qui s'en remettait à la prière plutôt qu'aux médicaments, a expliqué qu'il se croyait guéri du VIH parce qu'il n'avait jamais transmis le virus à son épouse précédente et à leurs deux enfants. Il a affirmé que sa maladie était quelque chose de très personnel et pas très important, ce pourquoi il n'en a jamais parlé à sa femme. Il a également tenté de faire rejeter la poursuite en alléguant qu'il n'y avait aucune certitude scientifique comme quoi il était responsable d'avoir transmis le VIH à sa femme.

Le représentant du ministère public belge a plaidé que l'accusé posait un grave risque pour les femmes et la collectivité et a demandé au tribunal de lui imposer une peine d'emprisonnement de cinq ans. Le Tribunal correctionnel de Huy a déclaré Baky J. coupable et l'a condamné à une peine d'emprisonnement de trois ans et deux ans de sursis. Le tribunal a noté l'absence de remords de l'accusé et son manque de respect pour la vie de ses partenaires sexuelles, qu'il a sciemment exposées au VIH.

De plus, la plaignante s'est vu accorder des dommages-intérêts conditionnels de 2 500 euros (3 400 \$CAN).

Baky J. entend interjeter appel de la peine.

— Rémi Weiss

Rémi Weiss (remi.weiss@mail.mcgill.ca) est étudiant en troisième année à la Faculté de droit de l'Université McGill à Montréal.

Royaume-Uni — Un ressortissant du Zimbabwe emprisonné pour transmission du VIH

Le 25 juillet 2011, le Wolverhampton Crown Court a condamné Nkosinati Mabanda à quatre ans de prison pour transmission du VIH. Il avait plaidé coupable d'avoir exposé par insouciance une de ses partenaires au VIH. Mabanda s'est également vu imposer une ordonnance pour comportement antisocial, qui lui interdit d'avoir des relations sexuelles avec quelqu'un sans d'abord lui divulguer sa séropositivité.²

Mabanda, originaire du Zimbabwe, pourrait également être l'objet d'une mesure d'expulsion après sa libération.

L'accusé a admis avoir eu des relations sexuelles non protégées avec neuf partenaires différentes alors qu'il était clairement au courant de sa séropositivité. L'une des femmes en cause a affirmé qu'elle avait appris l'état de Mabanda après avoir trouvé un message texte sur son téléphone mobile. Lorsqu'elle a reçu un résultat positif au test du VIH en avril 2009, elle l'a immédiatement été dénoncé à la police.

Le surintendant Jan Thomas-West de la police de West Midlands a affirmé : « Ceci a été une enquête longue et complexe au cours de laquelle nous avons dû avoir recours aux services de nombreux experts pour établir que M. Mabanda avait effectivement transmis le VIH à sa partenaire. L'élément particulièrement

troublant de cette affaire est l'attitude blasée de Mabanda à l'égard de sa victime et de ses diverses partenaires ».³

Pour sa part, la victime a affirmé : « [Monsieur Mabanda] aurait dû être condamné à l'emprisonnement à perpétuité, puisque c'est la peine à laquelle il m'a condamnée. C'est une ordure [...] je dois maintenant prendre des médicaments pour le reste de mes jours ».⁴

France — Un homme condamné à la prison pour avoir transmis le VIH à son ex-partenaire

En mars 2011, un homme a été déclaré coupable d'avoir sciemment transmis le virus du VIH à son ex-partenaire en 1999. Un tribunal de Strasbourg a condamné Emmanuel Baudard à cinq ans de prison, dont deux ans avec sursis.⁵

Pendant le procès, la victime a affirmé avoir eu un seul rapport sexuel non protégé avec M. Baudard en octobre 1999 et être tombée malade deux mois plus tard. Toutefois, ce n'est qu'en 2006 qu'elle a appris que M. Baudard se savait déjà séropositif à l'époque. Leur relation a pris fin en 2003.

Il a admis qu'il connaissait son état séropositif au moment où il a eu un rapport non protégé, mais a affirmé qu'il croyait que la victime était elle aussi séropositive parce qu'ils faisaient tous les deux usage de drogue par injection et qu'elle avait accepté d'avoir une relation sexuelle non protégée.⁶

Monsieur Baudard a affirmé avoir contracté le VIH pendant son service militaire en 1988–1989, mais qu'il

n'avait commencé son traitement antirétroviral qu'en 2008.

— *David Cozac*

David Cozac (dcozac@aidslaw.ca) est directeur de la rédaction de la *Revue VIH/sida, droit et politiques*.

¹ E.J. Bernard, « First criminal conviction under poisoning law, advocates caught unawares », *Criminal HIV Transmission* (blogue), 13 juin 2011. En ligne : criminalhivtransmission.blogspot.com. Voir aussi J.-L. Tasiaux, « HIV volontairement transmis à sa femme : un an de prison », *L'avenir.net*, 10 juin 2011.

² « Man jailed for recklessly infecting Darlaston woman with HIV », *Walsall Local Policing Unit*, 25 juillet 2011.

³ *Ibid.*

⁴ « Victim brands HIV lover 'scum' », *Express & Star*, 26 juillet 2011.

⁵ « Prison ferme pour avoir sciemment transmis le sida », *Le Figaro*, 26 mars 2011.

⁶ E.J. Bernard, « Man sentenced to five years for alleged transmission during one-off unprotected sex encounter in 1999 », *Criminal HIV Transmission* (blogue), 29 mars 2011. En ligne : criminalhivtransmission.blogspot.com.



EN COUR POUR LE PROGRÈS :

COMPTE-RENDU DU 3^E SYMPOSIUM SUR LE VIH, LE DROIT ET LES DROITS DE LA PERSONNE

Introduction

Les 9 et 10 juin 2011 à Toronto, le 3^e Symposium sur le VIH, le droit et les droits de la personne a attiré plus de 150 participants des quatre coins du Canada. Fort du succès des deux éditions précédentes, il a réuni des responsables des politiques, des professionnels du droit, des chercheurs en santé, des étudiants, des militants, des organismes communautaires et des personnes vivant avec le VIH ou venant de communautés particulièrement affectées par le VIH.

Les participants ont examiné deux thèmes apparentés :

- comment le recours aux tribunaux a influencé et continue d'influencer les lois et politiques relatives au VIH, au Canada; et
- comment la communauté peut s'impliquer dans ces actions en justice ou les utiliser comme stratégie pour promouvoir les droits humains des personnes vivant avec le VIH et vulnérables à l'infection.

Deux journées d'ateliers de perfectionnement des compétences et de discussions de panel ont permis aux participants de s'informer sur des enjeux juridiques et de droits humains liés au VIH/sida, d'acquérir de nouvelles compétences pour faire

progresser les droits humains dans la riposte au VIH, et de développer de nouveaux partenariats et alliances.

Le 9 juin, les ateliers ont porté sur les sujets suivants : la protection et la confidentialité des renseignements de santé à l'ère des communications électroniques et des médias sociaux; la couverture du VIH dans les médias de masse; et comment les médias sociaux peuvent promouvoir les droits des personnes affectées par le VIH. Simultanément, une rencontre de représentants d'organismes canadiens de lutte contre le sida a permis de poursuivre les discussions amorcées lors du Symposium de l'an dernier, sur la création d'une coalition nationale de plaidoyer qui collaborerait à répondre à des enjeux de politiques liés au VIH, aux paliers local et régional, à mesure qu'ils émergent. L'objectif était de générer une réponse nationale plus unifiée aux préoccupations de politiques liées

au VIH, de partager de l'information sur les pratiques exemplaires et de soutenir les membres, dans un climat politique de plus en plus hostile aux initiatives de réduction des méfaits et aux réponses de politiques fondées sur des données et sur les droits humains.

Le 9 juin en soirée, une réception a donné lieu à la remise des Prix annuels de l'Action contre le VIH/sida et pour les droits humains, décernés conjointement par le Réseau juridique canadien VIH/sida et Human Rights Watch. Le lauréat canadien était le Réseau d'action et de soutien des prisonniers et prisonnières vivant avec le VIH/sida (PASAN), et les lauréats internationaux étaient l'organisme Caribbean Vulnerable Communities et son regretté cofondateur, feu D^r Robert Carr.

La soirée s'est terminée par un discours programme de M. Alan N.

Young, professeur agrégé à la Faculté de droit Osgoode Hall, à Toronto, et avocat dans l'affaire *Bedford c. Canada (Procureur général)*, une contestation judiciaire des lois canadiennes sur la prostitution qui sont préjudiciables aux travailleuses et travailleurs sexuels.

Le 10 juin en avant-midi, deux panels ont porté sur le recours stratégique aux tribunaux. L'un a présenté les perspectives d'avocats impliqués dans des affaires liées au VIH; l'autre, celles d'un groupe de militants communautaires. En après-midi, un « Café rencontre » était au programme : les participants se sont réunis en petits groupes pour une discussion interactive sur le recours stratégique aux tribunaux dans le contexte du VIH. L'invité, Doug Elliott, partenaire au cabinet Roy Elliott O'Connor LLP, a parlé des actions en justice concernant le VIH et les droits humains au Canada.

Panel — Perspectives d'avocats sur le recours stratégique aux tribunaux

Cet article contient les résumés des quatre exposés présentés par le panel d'avocats. David Eby présente un cadre d'analyse pour le questionnement souhaitable pour tout organisme qui envisage d'aller en cour. Derek Olson discute du droit criminel en matière de voies de fait graves en lien avec le recours stratégique au tribunal dans l'affaire *R v. Mabior*. Jonathan Shime souligne la nécessité que les intervenants du secteur juridique s'éduquent mieux sur les aspects scientifiques du VIH. Puis Elin Sigurdson présente les arguments légaux invoqués dans l'affaire *SWUAY*,¹ pendant britannico-colombien de l'affaire *Bedford* en Ontario, contestant la constitutionnalité de dispositions du Code criminel qui mettent en danger la vie de travailleuses et travailleurs sexuels.

Questions à prendre en considération, pour un litige stratégique

David Eby, président du conseil d'administration du Réseau juridique canadien VIH/sida et directeur général de la British Columbia Civil Liberties Association (BCCLA)

Avant d'intenter un « recours à impact », ou « litige stratégique », tout organisme devrait se pencher sur les questions suivantes et consulter des avocats d'organismes comme le Réseau juridique canadien VIH/sida ou la BCCLA, pour s'assurer d'avoir pris en considération toutes les facettes pertinentes :

- **Quel est le problème?** Ce devrait être quelque chose qui affecte un large bassin d'individus que votre organisme tente d'aider.
- **Votre organisme est-il engagé au recours stratégique?** Avez-vous les ressources pour financer un recours? Avez-vous essayé tous les autres moyens de résoudre les problèmes? (Un tribunal vous demandera si vous avez

déposé des demandes officielles, écrit des lettres ou plaidé d'autres manières dans le dossier.)

- **Avez-vous un client?** Avez-vous besoin d'un client individuel? Le cas échéant, en avez-vous un qui est stable et à la fois démuné (ce qui contribuerait à réduire les coûts accordés à l'issue du litige)? Votre organisme peut-il se voir reconnaître la qualité pour agir au nom du client ou à titre d'intervenant? (Le statut d'intervenant permet de soulever un registre plus large d'enjeux connexes ou généraux.)
- **Souhaitez-vous recourir au système judiciaire ou être entendu par un tribunal des droits de la personne (ou un autre type de tribunal)?** Diverses instances ont des avantages et inconvénients distincts. Il est important de contempler les avenues qui s'offrent à vous, avant de déterminer où votre recours offrira les meilleures chances de progrès vers les buts plus généraux de votre organisme.
- **Quelle est votre stratégie?** Le litige stratégique ou à impact cor-

respond-t-il aux principaux buts des campagnes de votre organisme?

- **Quel est l'échéancier de votre campagne?** Vous devez être conscient que le recours aux tribunaux est un long processus.
- **Qu'arriverait-il si vous n'aviez pas gain de cause?** Une défaite devant un tribunal peut donner au public l'impression que vous n'êtes pas adéquatement habilité en matière de droits, et affecter votre bassin de clients. Êtes-vous capables de procéder à un plaidoyer qui orienterait une interprétation judiciaire dans une direction utile? Les juges divisent souvent une décision en deux camps. Le cas échéant, êtes-vous prêts à une victoire partielle? Est-il préférable que le droit demeure dans un état incertain, plutôt que de subir un clair revers en cour?

L'Insite en tant que litige stratégique

Insite est un centre d'injection supervisée, que la Ville de Vancouver a établi afin de répondre à la crise de santé qui affecte les personnes qui

font usage de drogue par injection. Le programme offre également un établissement de désintoxication, l'On-site, ainsi que du soutien au logement et au bien-être, entre autres services. L'Insite a pu entrer en fonction en vertu d'une exemption temporaire spéciale, qui protège ses clients et ses employés contre des poursuites pour des activités qui sont interdites en vertu de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances (LCDS).

L'affaire *Insite*² est un exemple de litige stratégique. La PHS Community Services Society a contesté en cour le pouvoir du gouvernement fédéral d'autoriser ou de refuser à des personnes toxicomanes l'accès aux installations de l'Insite; elle s'est fondée pour cela sur l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés, qui garantit les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Les droits à la vie et à la sécurité de la personne, pour les individus qui ont une dépendance à une drogue, sont menacés en raison du risque de surdose ou de conséquences graves pour la santé, comme l'infection par le VIH ou par le virus de l'hépatite C lors du partage de seringues non stériles. Les droits à la liberté de ces individus sont aussi enfreints, en raison de la menace d'arrestation et d'emprisonnement pour avoir été en possession de drogue ou facilité l'usage de drogue.

Ces violations des droits garantis à l'article 7 ne peuvent être justifiées, car elles ne sont pas conformes aux principes de la justice fondamentale. La cour doit reconnaître que cette affaire concerne les droits des personnes qui vivent avec une toxicomanie et, en soi, est un enjeu de santé et de handicap. Une loi ne devrait pas déclarer illégale une activité de quelqu'un s'il ne s'agit pas d'une activité volontaire.

Les personnes aux prises avec une toxicomanie ne font pas un choix conscient d'utiliser de la drogue; elles sont plutôt contraintes d'en utiliser, sans quoi elles deviennent malades. Ces individus devraient avoir accès à des établissements qui fournissent un milieu plus sûr pour leur traitement, et le droit à la vie et à la santé doit avoir préséance sur le pouvoir du gouvernement fédéral de réglementer ces établissements.

Par ailleurs, les lois actuelles sont indûment larges, compte tenu des buts de la LCDS. Les travailleurs de la santé sont potentiellement exposés à des risques de poursuite criminelle en vertu de l'alinéa 5(1) de la LCDS, où le « trafic » de stupéfiants est défini de telle manière qu'il inclut et criminalise des activités qui facilitent l'usage de drogue, comme le fait de posséder des seringues ou des drogues.

Mabior et le droit criminel en matière de voies de fait graves

Derek Olson, partenaire, Hill Sokalsi Walsh Trippier LLP, Winnipeg

S'informer de la science concernant le VIH/sida et des enjeux sociaux liés au dévoilement de la séropositivité conduit à la clarification suivante : un individu chez qui la charge virale de VIH est indétectable ou qui a utilisé un condom ne devrait pas être déclaré coupable d'agression sexuelle pour avoir omis de dévoiler sa séropositivité au VIH. Cet élément de connaissance s'avère d'une importance cruciale dans les litiges stratégiques.

Un exemple concret est l'affaire *R. v. Mabior*.³ Au moment où lui fut annoncé son diagnostic de séroposi-

tivité au VIH, en 2004, Clato Mabior a reçu du counselling d'infirmières de santé publique à l'effet de dévoiler sa séropositivité à ses partenaires sexuelles et de toujours faire usage d'un condom. Peu après, il a amorcé un traitement antirétroviral (TARV) et sa charge virale est bientôt descendue à un niveau indétectable. Il a eu des rapports sexuels avec six jeunes femmes, entre 2004 et 2006, qui ont dit par la suite qu'elles n'auraient pas eu ces rapports avec lui s'il leur avait dévoilé sa séropositivité.

Une loi ne devrait pas déclarer illégale une activité de quelqu'un s'il ne s'agit pas d'une activité volontaire.

Mabior a été déclaré coupable, par une cour de première instance au Manitoba, de six chefs d'accusation d'agression sexuelle pour n'avoir pas dévoilé sa séropositivité, entre autres accusations, et condamné à 14 ans d'incarcération. Pour arriver à cette décision, la cour a appliqué l'analyse établie en 1998 par la Cour suprême du Canada (CSC) dans l'arrêt *R. v. Cuerrier*.⁴ Dans ce jugement, la CSC répondait à la question légale spécifique de savoir si le fait qu'une personne omette de dévoiler sa séropositivité à un partenaire sexuel donnait lieu à un cas de fraude, qui vicierait le consentement du partenaire et ferait donc du rap-

port sexuel une agression sexuelle. La CSC a affirmé que la Couronne devait démontrer la présence de deux conditions pour établir qu'il y avait eu fraude : qu'il y ait eu un comportement malhonnête (c.-à-d. supercherie à propos de la séropositivité, ou non-divulgateur de cet état); et que la malhonnêteté ait entraîné une privation pour le plaignant.

Dans l'arrêt *Cuerrier*, le j. Cory a affirmé que, pour qu'il y ait « privation », il doit y avoir eu un préjudice réel ou un risque réel de préjudice, mais que « [u]n préjudice ou risque de préjudice insignifiant ne satisfera pas toutefois à cette condition dans les cas d'agression sexuelle où l'activité aurait été consensuelle si le consentement n'avait pas été obtenu par fraude » et que « [p]ar exemple, le risque de subir de légères égratignures ou d'attraper un rhume ne suffirait pas pour établir la privation ». La Couronne doit plutôt démontrer que l'acte malhonnête (supercherie ou non-divulgateur) a eu pour effet d'exposer la personne autrement consentante, à un risque important de lésions corporelles graves. Le risque de contracter l'infection à VIH en raison d'un rapport sexuel non protégé satisfait à cette exigence.

Ainsi, le juge Cory disait qu'en soi le défaut de dévoiler sa séropositivité ne suffit pas à une condamnation pour agression sexuelle, mais qu'il devait plutôt y avoir un élément additionnel donnant lieu à un risque important de lésions corporelles graves. La Cour a poursuivi en signalant que les faits en cause dans chaque affaire serviraient à déterminer si les critères de l'analyse étaient satisfaits. Dans une remarque incidente, le j. Cory a affirmé que le dévoilement ne serait peut-être pas requis en cas de rapport sexuel protégé — une opinion

réitérée dans les opinions convergentes de deux autres juges de la CSC.

L'arrêt *Cuerrier* a été rendu avant que les TARV soient largement accessibles et réduisent le risque de transmission du VIH. De nos jours, plus de dix ans après *Cuerrier*, la science a progressé considérablement, grâce à d'autres progrès thérapeutiques. Une personne séropositive qui suit un TARV ou qui utilise un condom a un taux très faible (voire négligeable ou nul) de transmission du VIH. Et le fait d'être séropositif au VIH ne constitue plus une sentence de mort.

En dépit des faits et données présentés par la Couronne et par les témoins experts convoqués par la défense, le juge de première instance [dans *Mabior*] a affirmé que pratiquement tout risque de transmission du VIH, aussi minime soit-il, était suffisant pour conclure à la présence d'un risque important de lésions corporelles. Il a, de plus, affirmé qu'un verdict de culpabilité ne pourrait être évité qu'en présence d'une charge virale faible et du port de condom. Ce jugement était contradictoire à l'analyse établie dans *Cuerrier* et, s'il avait été confirmé, aurait élargi considérablement l'ampleur de la criminalisation.

En appel, un point de mire important était d'éduquer la Cour d'appel quant aux données scientifiques qui lui étaient soumises, de manière à ce qu'elle puisse comprendre les taux de transmission, et à mettre en contraste l'obligation morale de dévoilement de la séropositivité et l'application de l'une des plus graves infractions prévues dans le Code criminel afin de régir la réalité complexe qu'est le comportement sexuel.

La Cour d'appel du Manitoba a convenu que le juge de première instance avait commis une erreur en

appliquant incorrectement les critères d'analyse du « risque important », et elle a infirmé la décision. Ce faisant, elle a affirmé que le test établi dans l'arrêt *Cuerrier* nécessitait la présence d'un « risque important », qui devait être plus grand qu'un risque ordinaire, et elle a reconnu que l'usage d'un condom ou le fait d'une charge virale indétectable pouvait réduire le degré de risque en-dessous du seuil d'un « risque important ». La cour d'appel a également déclaré que les critères juridiques devaient évoluer afin d'être conformes à la situation actuelle de la science et de prendre en compte comme il se doit le développement du traitement anti-VIH. L'affaire *Mabior* est à présent portée en appel devant la Cour suprême du Canada.

L'éducation, élément clé du litige pour le changement

*Jonathan Shime, partenaire,
Cooper & Sandler LLP, Toronto*

La communauté du VIH/sida vit dans la peur généralisée, concernant ce qui est permis ou interdit dans la vie sexuelle, en privé, étant donné l'application inégale du critère du « risque important » établi dans l'arrêt *Cuerrier*. Les tribunaux ne réalisent qu'aujourd'hui le fait que l'analyse doit se fonder sur les données scientifiques, et la science n'est pas encore aisément comprise par les agents de police, les conseillers de la Couronne ou la défense, ou les juges. Toute personne au sein du système de justice pénale est terriblement mal informée sur les concepts élémentaires entourant le VIH et le risque de transmission; or les gens ne peuvent pas attendre cinq

à dix ans que les juges soient éduqués, lorsque la police « frappe à la porte ».

En conséquence, un élément clé du litige pour le changement est la nécessité d'une éducation accrue. Bien que les avocats de la défense adoptent habituellement une position défensive, en cour, la première tâche d'un avocat de la défense dans des cas de non-divulgateur de la séropositivité au VIH consiste à s'éduquer sur les faits de base de la maladie, en consultant le corpus scientifique et des experts médicaux. De plus, les avocats de la défense devraient présenter des témoins experts du domaine médical qui peuvent expliquer la science et le risque de transmission en des termes accessibles à la cour et compréhensibles, de manière à ce que des personnes innocentes ne soient pas déclarées coupables.

Le système de justice pénale est terriblement mal informé sur les concepts élémentaires entourant le VIH et le risque de transmission.

Les affaires *Mabior* et *Bedford*⁵ sont des exemples clairs où des avocats ayant peu de connaissance préalable des enjeux affectant leurs clients ont pris la peine de s'éduquer et d'éduquer les juges. Dans l'affaire *Bedford*, en colligeant des données de diverses sources domestiques, nationales et internationales, Alan Young

a réussi à démontrer à la cour que d'autres pays abordaient les risques associés au travail sexuel de manière plus efficace que le Canada. En conséquence, le juge Himel a jugé que les lois maintenues par le gouvernement, et la manière dont on les applique, confrontent les travailleuses et travailleurs sexuels à un degré de risque qui pourrait être évité. Autrement dit, grâce à l'éducation, la cour a pu arriver à la bonne estimation des faits et au constat que le gouvernement rend la vie des travailleuses et travailleurs sexuels plus dangereuse.

SWUAV et le litige stratégique

*Elin Sigurdson, Janes Freedman
Kyle Law Corporation, Vancouver*

Un sous-comité parlementaire a été établi par le gouvernement fédéral afin de se pencher sur les aspects problématiques des lois sur le travail sexuel. En même temps, la Pivot Legal Society cherchait des moyens d'aider les travailleuses sexuelles du Downtown Eastside de Vancouver. Ces femmes étaient principalement impliquées dans un travail sexuel de survie ou de subsistance, donc en situation d'extrême pauvreté, et aux prises avec des situations dangereuses en raison des lois criminelles qui les affectaient. Plusieurs travailleuses sexuelles ont exprimé à Pivot leur frustration de ne pas faire partie de l'examen des lois que faisait le gouvernement fédéral, étant si lourdement affectées par ces lois. Ces femmes ne se sentaient pas à l'aise avec les moyens disponibles pour fournir de l'information, puisqu'elles voulaient protéger leur anonymat et

leur vie privée tout en s'adressant directement au Parlement.

Pivot a donc saisi l'occasion pour collecter 98 affidavits de travailleuses sexuelles, exprimant en détail leurs points de vue sur les lois et sur les changements à apporter. Un vaste corpus de témoignages, complété par des arguments juridiques, a ensuite été soumis au sous-comité. Après l'examen des témoignages et la reconnaissance de la nécessité de réformer les lois, le sous-comité a affirmé que la question requérait une étude plus poussée avant que quelque changement soit apporté. Ce fut une énorme déception. En conséquence, les femmes qui s'étaient adressées à Pivot se sont rassemblées et ont formé leur propre organisme : SWUAV (Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence).

Distinctions entre SWUAV et Bedford

À SWUAV s'est ajoutée une autre plaignante, Sheryl Kiselbach, qui fut travailleuse sexuelle pendant 30 ans et qui défend à présent les droits et intérêts de celles qui le sont aujourd'hui. Ensemble, elles ont poursuivi le gouvernement fédéral en affirmant que plusieurs des dispositions criminelles qui les affectent, y compris les trois dispositions à l'étude dans l'affaire *Bedford*, portaient atteinte à la Constitution. Les plaignantes dans l'affaire *Downtown Eastside Sex Workers United against Violence (SWUAV) and Kiselbach v. Canada*⁶ contestent aussi les dispositions du Code criminel relatives au proxénétisme, qui affectent la sûreté de la survie des travailleuses et travailleurs sexuels en les empêchant de travailler ensemble pour se référer des clients non dangereux et pour se repérer les uns les autres.

Comme dans l'affaire *Bedford*, les lois sont visées par la contestation au motif qu'elles violent les articles 2(b) et 7 de la Charte. Cependant, les plaignantes dans l'affaire *WSUAV* vont plus loin, en affirmant que les lois portent atteinte à leur liberté d'association et sont discriminatoires (portant atteinte au droit à l'égalité) en imposant un fardeau de préjudice inconstitutionnel à certains des membres les plus vulnérables de la société, qui se voient ainsi privés d'accès à une protection juridique et de droits légaux.

Même si l'issue est positive, l'action en justice ne peut résoudre tous les problèmes qu'un organisme veut combattre.

Le procureur général du Canada a déposé une demande pour faire rejeter l'affaire, au motif qu'aucune des plaignantes n'avait la qualité d'agir, puisque Kiselbach est une ancienne travailleuse sexuelle et que *SWUAV* est un organisme, et donc qu'ils ne sont pas actuellement affectés par les lois. Il est difficile, pour des travailleuses et travailleurs sexuels, de s'avancer et de s'affirmer publiquement, puisque cela pourrait leur attirer des répercussions dangereuses de la part de la police et de membres du public, et entraîner qu'elles perdent des services sociaux, se voient expulser de leur logement ou retirer leurs enfants.

Malheureusement, le juge de première instance a donné raison au procureur général, en affirmant qu'il existe d'autres moyens par lesquels l'enjeu pourrait procéder en cour, par exemple si des travailleuses et travailleurs sexuels présents étaient arrêtés et accusés. En appel, la Cour d'appel a reconnu que les deux plaignants avaient la qualité d'agir comme représentants d'intérêts publics, en l'absence d'autres voies pour le litige, et que même s'ils n'étaient pas actuellement affectés par les lois, leur intérêt en cause était suffisant. Le procureur général a porté en appel cette décision, et la question de la qualité des plaignants sera entendue sous peu par la Cour suprême du Canada.

Prévoir les écueils

L'affaire *SWUAV* est un exemple concret d'obstacles routiers que peut rencontrer un litige stratégique, et qui peuvent étirer le temps et les ressources impliqués. La demande de *SWUAV* a été déposée en 2008, et est encore empêtrée dans des arguments concernant la qualité d'agir. Les arguments juridiques, comme tels, n'ont pas encore été entendus par un tribunal. Par ailleurs, en plus de demander beaucoup de temps, le litige peut se terminer par une déception; et même si l'issue est positive, l'action en justice ne peut résoudre tous les problèmes qu'un organisme veut combattre.

Sur une note positive, la question de la qualité d'agir des plaignantes a pris un essor en tant que question d'intérêt public. Des organismes impliqués dans des enjeux similaires ou auprès de populations affectées ont entrepris la notion du développement de la doctrine de la qualité d'agir pour faire progresser l'idée d'accès à la justice. Cela pourrait permettre que des populations mar-

ginalisées de manière semblable investissent les tribunaux et mettent en relief des erreurs dans la manière dont leur pays a défini les lois qui les affectent profondément.

Le litige peut aussi offrir des occasions réelles de communications médiatiques et publiques. Bien qu'en apparence « radical », en ceci que le litige tente de déchirer une partie du tissu des lois que le pays a tissé, il peut aussi constituer une méthode de « dé-radicalisation » pour les organismes, qui leur permet de travailler à l'interne. Les groupes de plaidoyer et de communications peuvent tenter de cadrer leur travail d'une manière qui correspond à la réaction du public aux enjeux en cause. Cette approche serait la méthode la plus efficace pour contrer les stéréotypes et le stigmatisme associés au VIH/sida et au travail sexuel, car l'arène juridique n'est pas un moyen efficace d'éduquer le public.

¹ *Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence (SWUAV) and Kiselbach v. Canada (A.G.)*, 2010 BCCA 439 [SWUAV].

² *PHS Community Services Society v. Canada (A.G.)*, 2010 BCCA 15 [Insite].

³ (C.L.), 2010 MBCA 93 [Mabior].

⁴ *Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371 [Cuerrier].

⁵ *Bedford v. Canada (A.G.)*, 2010 ONSC 4264 [Bedford].

⁶ *SWUAV* (supra).

Panel — Perspectives d'activistes communautaires sur le recours stratégique aux tribunaux

Cet article contient les résumés des cinq exposés présentés par le panel de militants. Émilie Laliberté offre un aperçu des activités de Stella, un organisme qui lutte pour les droits des travailleuses et travailleurs sexuels de la région montréalaise. Louis Letellier de St-Just résume le travail de CACTUS Montréal et la question des politiques québécoises de santé publique en lien avec la drogue. Nikki Thomas décrit les dangers du quotidien auxquels font face les travailleuses et travailleurs sexuels en raison des obstacles que pose le Code criminel. Ann Livingston du Vancouver Area Network of Drug Users (VANDU) et Glyn Thomson de la Positive Living Society of British Columbia décrivent tous deux les réalisations de leurs organismes respectifs.

Les droits des travailleuses et travailleurs sexuels à Montréal

Émilie Laliberté, directrice exécutive de Stella, l'amie de Maimie, Montréal

Stella est une association montréalaise à but non lucratif fondée en 1995 par et pour les travailleurs du sexe. Son mandat principal est d'informer les travailleurs du sexe afin de leur permettre de travailler dans la plus grande sécurité possible. Par exemple, en distribuant gratuitement des condoms (50 000 condoms distribués en 2010), en fournissant la liste des agresseurs (on a recensé 67 agressions en 2010, dont la majorité ne fait pas l'objet d'une plainte formelle), en donnant des conseils juridiques, en faisant des accompagnements et des démarches (qu'il s'agisse d'aider les femmes à travailler ou à quitter la prostitution).

Stella dispose d'un partenariat avec Médecins du Monde, et les infirmières de Médecins du monde se

déplacent dans les bars de danseuses, les agences d'escortes, mais aussi jusque dans la rue afin de vacciner (Hépatite A et B) et d'informer les travailleurs et travailleuses du sexe. Le mot d'ordre est toujours celui de la sécurité et d'essayer de réduire dangers et difficultés de la prostitution. Stella estime que chaque année entre 5000 et 7000 travailleurs et travailleuses du sexe de Montréal sont directement touchés par ses activités.

La formation du public occupe une partie importante des activités de Stella, qui s'occupe de sensibiliser et d'informer les médecins, les étudiants, le milieu judiciaire,¹ mais aussi des policiers. Ces activités ont permis à l'association d'établir des contacts, notamment avec trois policières qui recueillent les plaintes des travailleuses du sexe, sans les arrêter, qu'elles aient un mandat d'arrestation pesant sur elles ou non.

Aller en Cour pour faire valoir les droits des travailleurs et travailleuses du sexe

L'information n'est pas le seul volet des activités de Stella puisque l'or-

ganisme entend désormais utiliser le droit pour faire valoir les droits des travailleurs et travailleuses du sexe.

Certaines travailleuses du sexe au Québec étaient inquiètes par la décision De la Cour supérieure de l'Ontario dans *Bedford c. Canada*. En effet, que la prostitution soit décriminalisée ou non, certaines continueront à travailler dans la rue. Il faut donc obtenir un consensus parmi les membres de Stella, et entendre et comprendre les besoins exprimés par les travailleuses du sexe. Le jugement de la juge Himel dans *Bedford c. Canada* a été résumé et distribué aux travailleurs et travailleuses du sexe via le site Internet de Stella. Le 28 septembre 2010, Stella a effectué une sortie dans les médias pour éduquer la population sur la question de la prostitution et de la criminalisation/décriminalisation. Stella n'a pas eu le temps d'obtenir un statut d'intervenant dans le procès Bedford devant la Cour d'appel de l'Ontario faute d'avoir pu s'entendre sur une position commune à l'ensemble des membres. À la place, Stella a

mis en place un comité de réflexion (appelé comité de décriminalisation) qui se penche sur l'analyse des affidavits des intervenants au procès et est chargé de rencontrer des avocats potentiels pour représenter Stella dans le cadre d'une possible intervention devant la Cour suprême du Canada.

En 2002, on a assisté à Montréal à une application très stricte de règlements municipaux et la distribution généralisée d'amendes à de très nombreuses travailleuses du sexe, mais aussi aux *squeegees* et aux itinérants. Stella est allée de l'avant et a tenté de contester toutes les amendes distribuées. Ce fut un demi-succès, car si les amendes ont toutes fait l'objet d'une radiation comptable, le juge n'a pas réellement tranché le litige craignant de créer une jurisprudence. D'ailleurs, conscientes de leur demi-échec, les autorités ont par la suite continué leur répression en se basant non plus sur des règlements municipaux, mais sur l'article 213 du *Code criminel* qui prohibe la sollicitation aux fins de prostitution.

Les personnes arrêtées sur la base de l'article 213 se sont vues imposer une condition particulière, celle des quadrilatères. Par exemple, pour une ou deux années, une travailleuse du sexe n'est plus autorisée à circuler dans un périmètre urbain donné, qu'il s'agisse d'un ou deux quartiers (de la taille d'Hochelaga-Maisonneuve) voire même de l'Île de Montréal au complet. Cela les empêche non seulement de travailler, mais aussi tout simplement de vivre leur vie de tous les jours dans la légalité étant donné que les travailleuses du sexe vivent généralement dans les quartiers où elles offrent leurs services. Le problème est donc que ces femmes pour continuer leur vie doivent briser les

conditions qui leurs sont imposées par la justice, et plus elles le font plus elles sont réprimées par le système judiciaire qui va leur imposer de lourdes sentences.

CACTUS Montréal faisait de la réduction des méfaits à une époque où personne ne parlait de ça.

Une autre affaire importante qui a mobilisé Stella fut une cause de 2003 dans laquelle une travailleuse du sexe demandait une indemnisation à la Direction de l'indemnisation des victimes d'actes criminels (IVAC) après avoir été blessée par vingt coups de couteau. Cette femme s'était en effet vu refuser toute indemnisation à la suite de son agression, car du fait de ses activités de travailleuse du sexe elle s'était elle-même placée dans une situation de risque. Après deux ans de lutte, Stella a participé à l'annulation de la première décision et à la mise en place d'une jurisprudence favorable à l'indemnisation de toutes les travailleuses du sexe victimes d'actes criminels durant leurs activités professionnelles.

Malgré ces quelques succès, le travail de sensibilisation à faire auprès des politiciens reste énorme, et c'est aux travailleuses du sexe de contribuer avec les différents acteurs sociaux à la construction d'un cadre législatif relatif à la prostitution.

Établir des services de réduction des méfaits au Québec

Louis Letellier de St-Just, président du conseil d'administration de CACTUS Montréal

CACTUS Montréal est un organisme communautaire qui a vu le jour en 1989. Il s'agit d'un des premiers programmes d'échange de seringues en Amérique du Nord. Un petit groupe multidisciplinaire a en effet mis en place cet organisme avec en tête un objectif de réduction des méfaits, et ce bien qu'à l'époque on ne parlait pas de réduction des méfaits.

C'est l'arrivée du VIH sur la scène publique qui a fait évoluer le langage et les pratiques en matière de santé publique et a obligé tous les acteurs sociaux à réinventer la santé publique. Aujourd'hui, CACTUS Montréal est une organisation structurée qui emploie 65 personnes et offre des services divers et variés, le jour comme la nuit. Le programme principal de CACTUS concerne le site dit fixe, qui est celui où des seringues propres sont distribuées aux usagers de drogues, mais aussi où elles sont récupérées. Mais il existe aussi des programmes de réinsertion, comme le programme PLAISIIRS, qui tente d'intégrer des personnes consommatrices de drogues en faibles quantités. Ce programme a par exemple contracté avec l'Association des travailleurs du Vieux-Montréal : toute l'année, des usagers du programme PLAISIIRS participent ainsi à des travaux de nettoyage dans le Vieux-Montréal et ont une chance « de se refaire une dignité ».

Chaque année CACTUS distribue 350 000 seringues neuves, mais aussi de l'information, du support, de l'ac-

compagnement. CACTUS oriente aussi ses efforts vers la sensibilisation et l'éducation : permettre notamment aux gens qui viennent demander de l'aide auprès de CACTUS de se faire référer à d'autres organismes (publics ou communautaires) qui offrent des services complémentaires de ceux de CACTUS.

Le support de la communauté est essentiel, car il est difficile d'avoir des activités comme celles de CACTUS (ou celles d'InSite ou de Stella). Lors de la fondation de CACTUS, la communauté voyait avec suspicion les activités mises en place. C'est encore parfois le cas, mais les mentalités ont évolué dans le bon sens. Depuis 2005, CACTUS a mis en place un Comité de bon voisinage afin de répondre aux éventuels questions et problèmes de la communauté autour de son site principal. Ce comité comprenant principalement des intervenants de CACTUS, des commerçants et des riverains arrive à apporter une solution aux problèmes soulevés par le voisinage.

En 2002, quand InSite a ouvert ses portes à Vancouver, CACTUS a applaudi. Mais CACTUS a pris son temps avant de déterminer si les besoins de la clientèle du Québec nécessitaient la mise en place d'un ou plusieurs sites d'injection supervisée dans la province. CACTUS a décidé en 2009, à la suite d'une commission québécoise sur l'itinérance de supporter l'arrivée de sites d'injection supervisée. Et ce n'est que le 28 novembre 2010, lors d'une conférence de presse, que CACTUS a annoncé son intention d'ouvrir un site d'injection supervisée au Québec en juin 2011.

La situation au Québec est particulière. Depuis qu'InSite et VANDU ont décidé d'aller devant les tribunaux,

les ministres de la Santé de toutes les provinces sont aux aguets et attendent la décision de la Cour suprême à l'automne. CACTUS a été sollicité par le Réseau juridique pour faire partie d'une coalition internationale : le réseau Harm reduction international.

En 2009, l'institut national de santé publique du Québec a soumis un avis extrêmement fouillé sur la pertinence des sites d'injection supervisée au ministre de la Santé qu'il s'agisse d'aspects sociaux, historiques, éthiques, légaux, épidémiologiques de la question. Le ministre a reçu le document, mais est extrêmement circonspect et craint des retombées politiques : pour cette raison, il attend la décision de la Cour suprême dans l'affaire InSite.

Dans le Plan national de santé publique du Québec (PNSPQ), sont contenues des dispositions sur des mesures possibles à prendre dans un contexte de réduction des méfaits. En 2008, avant le congrès de l'ONUSIDA à Mexico, le ministre de la santé précédent avait fait ajouter au PNSPQ la possibilité de mettre en place des sites d'injection supervisée au Québec. C'est donc possible, le ministre a ça entre les mains. CACTUS a eu le statut d'intervenant au procès InSite devant la Cour suprême du Canada.

Le Vancouver Area Network of Drug Users

Ann Livingston, bénévole et cofondatrice, Vancouver Area Network of Drug Users

Le VANDU s'est constitué en organisme à but non lucratif en 1998.

Depuis sa naissance, il a donné une place de premier plan à ses membres, de manière à être un groupe dirigé par des personnes qui font usage de drogue. Son conseil d'administration est une assemblée démocratique qui permet aux utilisateurs de drogue de s'impliquer ainsi que d'acquérir des « compétences citoyennes » qui leur permettent de travailler au sein d'autres organismes.

Des sous-groupes du VANDU ont vu le jour : la B.C./Yukon Association of Drug War Survivors [Association des survivants à la guerre aux drogues en C.-B. et au Yukon] et la Western Aboriginal Harm Reduction Society [Société des Autochtones de l'Ouest pour la réduction des méfaits] qui est probablement le seul groupe au monde de personnes autochtones faisant usage de drogue. Puisque le bassin de membres du VANDU compte 40 % de personnes qui s'identifient comme étant autochtones, il était très important de leur donner une voix.

Le point de mire du VANDU et de ses sous-groupes est provincial; il y a à cela une raison particulière : les personnes qui font usage de drogue ont un accès limité aux ressources, alors elles peuvent former de petites associations, sous la supervision de l'association provinciale principale.

VANDU a changé au fil des années — d'un organisme qui visait à ce que l'usage de drogue soit décriminalisé, il est devenu un tenant de l'approche à l'usage de drogue en tant que question de soins de santé. Les personnes qui consomment de la drogue ont le droit de se les injecter et d'être intoxiquées; elles veulent aussi être en sécurité lorsqu'elles le font, ne pas se sentir comme des citoyens de second ordre et avoir des droits juridiques exécutoires. Le

problème est que les personnes qui font usage de drogue, comme celles de toute population marginalisée, se voient souvent refuser l'accès aux tribunaux pour faire valoir leurs droits lorsqu'ils ont été violés. Il est ironique que ces citoyens vulnérables aient du mal à se faire entendre des tribunaux, car la Charte canadienne des droits et libertés a été adoptée dans le but de protéger de tels individus.

Les personnes qui font usage de drogue se voient souvent refuser l'accès aux tribunaux pour faire valoir leurs droits lorsqu'ils ont été violés.

La première intervention du VANDU en cour concernait une affaire de prohibition établie par la Ville dans un règlement de zonage qui empêchait l'ouverture d'un centre de services de santé sans rendez-vous pour les usagers de drogue : le Health Contact Centre. Un comité de citoyens préoccupés appuyait ce règlement et a tenté d'empêcher que des usagers de drogue aient accès à l'établissement. Après cinq années de tensions, le VANDU a intenté une action auprès du Tribunal des droits de la personne de la C.-B., et a dû subséquemment porter la décision en appel.

À Abbotsford, un règlement de zonage rend illégal tout service de

réduction des méfaits, y compris les programmes d'échange de seringues. Le VANDU est à l'affût de la bonne occasion de contester en justice ce règlement municipal.

Le fait d'avoir des conseillers juridiques apporte de l'assurance aux personnes qui font usage de drogue. De fait, l'un des bienfaits de l'action en justice est que, dans le cadre de la rédaction d'un *factum*, la personne a la possibilité de décrire les réalités que vivent des usagers de drogue. Les juges et les médias peuvent ainsi avoir une idée juste de ce à quoi ressemble la situation concrète.

Généralement parlant, une question importante qui a émergé dans l'affaire *Insite* est la nécessité de se demander pourquoi, en tant que société, nous choisissons de refuser l'accès à des soins de santé aux personnes qui font usage de drogue, alors que nous en fournissons à des personnes qui prennent des risques de santé d'autres manières comme en fumant la cigarette, en consommant de l'alcool ou en mangeant trop.

La prostitution et le Code criminel : l'histoire d'une travailleuse sexuelle

Nikki Thomas, directrice générale, Sex Professionals of Canada

La Coalition for the Rights of Prostitutes (nom initial de cette association) a été très active au milieu des années 80, époque du rapport Fraser sur la prostitution. Elle a ensuite pris le nom de Sex Professionals of Canada (SPOC). Elle travaille à promouvoir les droits des travailleuses et travailleurs sexuels, à l'échelle du

pays, et défend l'idée de décriminaliser toutes formes de travail sexuel au Canada. Au cours des années 1990, SPOC est intervenu devant la Cour suprême du Canada² pour mettre en relief les dispositions du droit canadien qui rendent difficile ou dangereux aux hommes et aux femmes de travailler dans la prostitution.

Par exemple, l'article 210 du Code criminel permet qu'une professionnelle du sexe travaille dans une chambre d'hôtel ou même, techniquement parlant, dans la rue. Cependant, cela est loin d'être aussi sécuritaire qu'à son domicile. À la maison, elle a la possibilité de contrôler son milieu et elle sait qui est présent ou non (certaines travailleuses sexuelles, à leur arrivée dans des suites d'hôtel, ont été attaquées par des amis des clients, qui se cachaient dans d'autres pièces).

En dépit du fait que le gouvernement actuel soit conservateur au palier fédéral, et puisse chercher à faire passer une loi qui interdirait la prostitution au Canada, notamment si l'affaire *Bedford* échoue en appel, le risque qu'implique l'affaire *Bedford* en vaut la chandelle. Les lois en vigueur relativement au travail sexuel sont mauvaises, car elles entraînent pour les travailleuses et travailleurs sexuels des dangers inutiles. Elles doivent être abolies. L'absence d'une bonne loi n'est pas une raison pour en conserver une qui est mauvaise.

Il est nécessaire de lutter contre les stéréotypes, en lien avec le travail sexuel. Les travailleuses et travailleurs sexuels sont un groupe social hétéroclite dont celles et ceux qui exercent leur profession dans la rue ne sont qu'une mince partie. Les statistiques dépeignent le travail sexuel comme une activité très

dangereuse, mais ces données ne viennent que presque exclusivement des rapports de police, ce qui est problématique. Une telle méthode place l'accent sur certains incidents rencontrés par des travailleuses et travailleurs sexuels, puisque la police n'est généralement appelée à intervenir que lorsque les choses tournent mal.

L'absence d'une bonne loi n'est pas une raison pour en conserver une qui est mauvaise.

Il est important, par ailleurs, de signaler que les travailleuses et travailleurs sexuels ne sont pas vecteurs de maladie, et sont généralement beaucoup plus éduqués en matière de sexe et d'infections transmissibles sexuellement (ITS) que le grand public. Par conséquent, l'idée de tests de dépistage obligatoires à leur égard est saugrenue. De fait, dans les ressorts où les travailleuses et travailleurs sexuels sont soumis à des tests obligatoires pour les ITS, on n'a noté aucune diminution importante de la transmission de telles infections, et dans certains cas, au contraire, une augmentation de cette transmission a été observée, possiblement parce que les clients sont moins enclins à pratiquer le sécurisexe avec les

travailleuses et travailleurs sexuels, tenant pour acquis que ceux-ci n'ont pas d'infections grâce aux tests obligatoires.

Positive Living B.C. et la criminalisation de la transmission du VIH

*Glyn Townson, président du conseil d'administration de la Positive Living Society of British Columbia*³

Comptant un peu plus de 5 000 membres, la Positive Living Society of British Columbia est le plus grand organisme de riposte au VIH/sida dans l'Ouest canadien. Ses membres s'intéressent vivement à l'enjeu de la criminalisation de la transmission du VIH; l'organisme a d'ailleurs été intervenant dans l'affaire *R. c. Cuerrier*, devant la Cour suprême du Canada.⁴

L'un des pires effets des accusations pour la transmission du VIH est le fait que l'accusé soit exposé publiquement dans les médias. Les journaux et d'autres médias publient habituellement l'identité et la photo de prévenus. Et, de fait, lorsque de telles affaires sont au centre d'un tourbillon médiatique et traitées avec sensationnalisme comme c'est parfois le cas, le stigmatisme et la peur associés au VIH reviennent à l'avant-plan et les personnes séropositives sont souvent jugées dans l'arène de l'opinion publique plutôt que d'avoir un juste procès devant une cour. Cela ne sert qu'à violer les droits relatifs à la vie privée et à aggraver la situation des personnes les plus vulnérables au VIH.

La police, en Colombie-Britannique, et la Gendarmerie royale du Canada semblent réticentes à discuter des questions pertinentes au VIH. En dépit de nombreuses réunions de discussions communautaires, la police de Vancouver n'a jamais réussi à expliquer pourquoi elle publie des renseignements personnels à propos des accusés. Elle ne semble pas croire avoir fait quoi que ce soit de fautif. Positive Living a déposé une plainte au commissaire provincial à la vie privée, à ce sujet, mais l'affaire a été interrompue parce que les individus dont la vie privée avait été violée ont refusé d'appuyer la plainte.

Au bénéfice de tous les travailleuses et travailleurs sexuels et de toutes les personnes vivant avec le VIH/sida, des lignes directrices strictes doivent être instaurées. Les personnes ont besoin de savoir en quel cas elles peuvent être accusées, ou pas, et elles doivent être assurées que leur identité, leur photo et le renseignement de leur séropositivité ne seront pas indûment publiés. Positive Living a examiné les lignes directrices détaillées relativement aux poursuites pour transmission du VIH qui sont en vigueur au Royaume-Uni, et noté qu'avant leur instauration on comptait dans ce pays quelque 400 affaires par année, alors qu'aujourd'hui il ne s'agit que de quelques-unes.

Les interventions en cour sont évidemment onéreuses. Tout organisme, du domaine du sida ou d'un autre secteur, doit choisir soigneusement ses combats et les affaires judiciaires dans lesquelles il intervient. En conséquence, le conseil d'administration de Positive Living a récemment décidé que l'organisme allait demander le statut d'interven-

nant dans l'affaire *Mabior*,⁵ devant la Cour suprême du Canada. À plus long terme, une autre bataille concernera possiblement la question de l'euthanasie et du droit de mourir. Des enjeux comme l'euthanasie et la transmission du VIH touchent à des

aspects de notre société qui soulèvent des malaises; cependant, le dialogue est le seul moyen de les résoudre.

¹ En 2010, Stella a ainsi formé l'ensemble des juges de la Cour municipale du Québec.

² Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du *Code criminel* (Man.), [1990] 1 R.C.S. 1123.

³ Anciennement, la British Columbia Persons with AIDS Society.

⁴ *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371 (Cour suprême du Canada).

⁵ *R. v. Mabior*, [2010] 2010 MBCA 93 (Cour d'appel du Manitoba).

Atelier — Fuites en ligne : la confidentialité des renseignements de santé à l'ère de l'information électronique

Cet atelier a examiné de nouveaux défis liés à la confidentialité des renseignements sur la santé, devant la prolifération des communications électroniques et du stockage de données — notamment par les médias sociaux, les dossiers de santé électroniques et l'accès facile aux renseignements personnels sur Internet. Le droit à la vie privée est un droit humain. Par conséquent, la protection de la vie privée et l'application de l'obligation de confidentialité relative aux renseignements sur la santé sont essentielles à l'autonomie, à la dignité et au respect de l'individu. Pour les personnes vivant avec le VIH, la divulgation non autorisée de leur séropositivité peut entraîner de la discrimination et la violation d'autres droits humains. Bien que ces enjeux ne soient pas nouveaux, l'ère de l'information engendre une nouvelle gamme de violations de la vie privée auxquelles nos protections juridiques ne répondent pas nécessairement.

Micheal Vonn, directrice des politiques à la British Columbia Civil Liberties Association (BCCLA)

Il y a une différence entre un dossier médical électronique (DMÉ) — des informations conservées dans un ordinateur, au cabinet du praticien médical d'un patient — et un dossier de santé électronique (DSÉ), qui constitue le modèle pancanadien de santé électronique. Ce dernier fait partie d'une base de données longi-

tudinale qui n'est pas simplement électronique. Le problème des DSÉ, avec la confidentialité, est qu'ils sont centralisés — ce qui soulève la question suivante : centralisés et contrôlés par qui?

La réponse est le gouvernement. Le soin et la garde de ces documents passent des fournisseurs de soins de santé à la base de données longitudinale — il va sans dire, par le biais d'un réseau informatique. C'est une banque d'information physique, sous

la garde du gouvernement, et c'est celui-ci qui en régit l'accès — et non le médecin, qui a l'obligation éthique et légale de protéger l'information et de ne pas la disséminer sans consentement au delà de l'équipe de soins. Dans l'univers de la santé électronique, si quelqu'un a accès à un dossier, le patient concerné ne peut pas contrôler cet accès. La décision relève de quelqu'un d'autre.

L'Association médicale canadienne (AMC) est devenue un

porte-étendard, en matière de santé électronique. Dans ses directives de 2011 sur la vie privée, l'AMC avise carrément les médecins qu'ils ont le devoir d'informer leurs patients que, si des informations sont transférées du DMÉ au DSÉ, ils n'ont aucun moyen d'en assurer la confidentialité.

En Colombie-Britannique, nous sommes passés d'une loi sur la santé électronique parmi les meilleures, à l'une des pires — ce qui a poussé la BCCLA à militer pour une directive sur le dévoilement. Même si le patient n'est pas en mesure d'arrêter le transfert de données à la banque d'information, il peut émettre une directive sur le dévoilement (au moyen d'un numéro d'identification personnel, qui fera apparaître un écran vide en cas d'accès non autorisé). Autrement dit, l'accès à l'information sur sa santé sera bloqué, sans ce code d'accès. Cette mesure n'est pas à toute épreuve, mais mieux que rien. Toutefois, le gouvernement ne fait pas savoir qu'elle existe. Il en résulte *de facto* un système fondé sur le principe de l'honneur : ne pas consulter un dossier qu'on ne devrait pas voir.

En C.-B., on prévoit la création de cinq banques d'information sur la santé. Une directive sur le dévoilement est requise pour chacune, et les délais d'application sont de deux à quatre mois, ce qui exige beaucoup de travail pour maintenir un degré raisonnable de confidentialité médicale.

Or, deux développements connexes risquent de compromettre gravement le droit à la vie privée. Le premier est une solution de contournement du gouvernement au système prévu, sous la forme du Projet de loi 11 (2010). Cette loi permettrait au ministre de la Santé de la C.-B.

de saisir toute information personnelle sur la santé contenue dans ce système et de l'envoyer où il veut. Cette mesure excessivement large est prévue à des « fins administratives » non précisées. Puisque le gouvernement fait lui-même les lois sur la vie privée, il peut s'en exempter à son gré pour faire comme il le souhaite depuis le début : se donner une « porte de sortie ».

Une autre annonce récente a bouleversé les militants pour la vie privée : le gouvernement envisage la création d'une « carte intelligente », qui servirait à la fois de permis de conduire et de carte d'assurance maladie. Cette carte serait munie d'une puce à données non chiffrées. Personne ne sait à quelles bases de données elle donnerait accès.

La BCCLA prône un « modèle de poussée des données », en matière de santé électronique. Le « modèle d'extraction des données » du gouvernement lui permet de tirer de n'importe où l'information d'un patient, pour la transférer dans un gigantesque « pot de miel » qu'il prétend sécurisé, puis de la distribuer comme il le juge bon. Ce qui est requis est plutôt une autoroute électronique où des fournisseurs de soins de santé responsables, en collaboration avec leurs patients, « poussent » l'information là où elle doit aller et jamais où elle n'est pas nécessaire.

Renée Lang, avocate à la HALCO, HIV & AIDS Legal Clinic (Ontario)

L'omniprésence des médias sociaux peut compromettre le droit individuel à la confidentialité en matière de santé. Par exemple, un client de la HALCO a été la cible d'un blogue

d'un ex-ami. Son nom n'a pas été révélé, mais il était clair que c'était lui. Puisque le blogue était diffamatoire, la HALCO a envoyé une lettre à ses auteurs, qui l'ont numérisée puis publiée en ligne. Par conséquent, tout lecteur savait à présent que le client était séropositif au VIH, ou avait au moins cet indice. De plus, ses coordonnées ont été publiées. Éventuellement, tout a été retiré du site.

L'omniprésence des médias sociaux peut compromettre le droit individuel à la confidentialité en matière de santé.

Cela démontre que, même si un individu ne publie pas ses renseignements de santé personnels en ligne, quelqu'un d'autre pourrait le faire. Les avocats n'y peuvent pas grand chose. Les acteurs importants comme Google et Facebook ne répondront pas. Pour être sûr, on peut poursuivre l'un ou l'autre; une fois informés de telles violations de la vie privée ou diffamations, ils ont l'obligation de retirer l'information dans un délai raisonnable. C'est vrai du moins en théorie; la réalité est souvent différente.

Si la personne qui a commis la violation du droit à la vie privée n'a pas d'argent, une poursuite est inutile. Il n'existe pas de protection

légale. La loi fédérale sur la vie privée ne s'applique qu'aux activités commerciales; la loi de l'Ontario sur la vie privée s'applique à l'information sur la santé, mais seulement aux responsables de celle-ci. Le client susmentionné de la HALCO a dû prendre son mal en patience, avec l'aide de lettres d'avocats. (Le blogue est resté en ligne environ un an.)

Un autre exemple vient de Facebook. Un client a poursuivi quelqu'un pour manquement à la confidentialité, pour avoir dévoilé sa séropositivité au VIH. La personne poursuivie a réagi en créant un compte Facebook au nom du client, avec une vraie photo (trouvée sur Internet). Elle est devenue « amie » de membres de la famille du client, qui ne savaient pas qu'il était séropositif. Elle s'est jointe à plusieurs groupes gais et pertinents au VIH. Elle a publié de faux messages au nom du client. À son honneur, Facebook réagit à ces comportements et prend des mesures correctives. Toutefois, aucune loi ne protège les citoyens contre une telle situation, au Canada.

Que peut-on faire? On peut poursuivre Facebook ou Google. Dans l'affaire ontarienne *Jones v. Tsige*,¹ un juge de la Cour supérieure a déterminé qu'il n'y avait pas cause d'action pour manquement à la confidentialité. On ne peut pas se présenter devant un juge et dire : « Je veux que cette personne me paye parce qu'elle a violé ma confidentialité ». La HALCO travaille pour faire changer cela, mais il demeure difficile de prouver qu'un client a subi de réels préjudices découlant de la violation. Par exemple, comment distinguer la détresse mentale due à d'autres facteurs dans la vie d'un client?

Dans quatre provinces — la Colombie-Britannique, Terre-Neuve,

la Saskatchewan et le Manitoba — il existe des lois selon lesquelles une personne peut intenter une poursuite pour manquement à la confidentialité sans avoir à démontrer des préjudices. La HALCO milite pour que l'Ontario emboîte le pas. Toutefois, même en cas de victoire, le dédommagement sera minime : en moyenne 5 000 \$CAN par personne.

Il devrait exister une reconnaissance du droit à la confidentialité, et non seulement un droit de poursuivre pour ce motif. Il est à espérer qu'un représentant d'une cour ou de la législature exprimera son appui explicite à ce droit. Dans l'affaire *Jones*, le juge a simplement déclaré : « Vous n'avez pas droit à cela ». L'établissement d'un degré minimal de préjudice serait bénéfique également.

*Maude Perras, avocate
plaidante, Montréal*

À l'ère de l'information électronique, la limite entre vie privée et vie publique est souvent floue, et cela peut affecter le droit individuel à l'image et à la confidentialité dans les médias sociaux et traditionnels. La définition de la « vie privée » est désormais plus vague. Les médias sociaux transforment la perception des espaces privé et public. Par conséquent, les médias traditionnels ont accès à des informations « publiques » qui seraient autrement considérées comme privées. Cette transformation peut avoir d'importantes répercussions sur des affaires judiciaires « d'intérêt public » mettant en cause la séropositivité au VIH d'une personne.

Au Québec, la loi sur la protection des droits à la vie privée est stricte. La Cour suprême provinciale

a déterminé qu'un individu a un droit pratiquement absolu sur son image et au contrôle de celle-ci. L'image d'une personne ne peut être utilisée sans son consentement, sauf si l'usage est d'intérêt public. Or la faiblesse est dans la détermination de ce qui est « d'intérêt public ». Cela peut englober un enjeu, une personne d'importance publique ou une question de sécurité publique.

La définition de la « vie privée » est devenue plus vague, avec l'émergence des médias sociaux.

Les médias sociaux ne sont pas considérés comme appartenant à la sphère privée. Pour ce qui est des images diffusées dans les médias sociaux, une image publiée sur Internet avec le consentement du sujet devient de domaine public. Un récent exemple de la jurisprudence du Québec illustre bien cela. Une transsexuelle bien connue dans les médias sociaux québécois a vu son image utilisée sans son consentement. Elle a intenté une poursuite, alléguant que son droit à la vie privée avait été violé. L'image avait été utilisée et modifiée par un blogue. Le juge a tranché que, dès que l'image est utilisée sur diverses plateformes de médias sociaux, elle appartient au domaine public. La question de

savoir qui utilise cette image et à quelle fin (dans le domaine public) n'importe pas.

Un autre exemple vient de la ville de Québec. Cette affaire en cours concerne un homme gai et séropositif au VIH, accusé d'avoir eu des rapports sexuels non protégés sans divulguer sa séropositivité. Il s'était annoncé comme adepte de rapports sexuels non protégés, sur un site de rencontres pour gais. Plusieurs partenaires avec lesquels il a eu des rapports sexuels non protégés l'ont poursuivi. Dans le cadre de l'enquête policière, on a créé un faux profil sur le site, pour vérifier si l'accusé offrait vraiment des rapports sexuels non

protégés sans dévoiler sa séropositivité au VIH. On a aussi demandé à d'autres usagers s'ils avaient eu des rapports sexuels avec lui. (C'est un site très connu.) En définitive, 15 personnes ont poursuivi l'accusé. En se créant un compte, la police a pu accéder à ces informations très rapidement — plus vite que par les méthodes d'enquête traditionnelles.

Lorsque des informations sont publiées sur des sites sociaux comme Twitter et Facebook, elles ne font plus partie de la vie privée. La plupart des gens ne savent pas cela. De plus, ces informations peuvent être utilisées par la police, les médias et un employeur, ce qui soulève d'autres

préoccupations pour l'intégrité et la confidentialité des renseignements personnels relatifs à la santé ou autres.

A-t-on un droit d'action en justice contre les médias, dans une telle situation? Selon la Cour suprême du Canada,² le droit à un procès juste n'a pas préséance sur la liberté d'expression. L'accusé doit démontrer que la dissémination de l'information dans les médias lui causera des préjudices.

¹ *Jones v. Tsige*, 2011 ONSC 1475.

² *Dagenais c. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 R.C.S. 835.

Atelier — Le VIH et les médias

Deux ateliers ont réuni des panélistes expérimentés dans le domaine de la presse écrite, des médias radiotélévisés et des médias sociaux. Les participants au Symposium ont pu enrichir leur compréhension du rôle des médias — et des réalités auxquelles ceux-ci font face — dans la couverture d'enjeux liés au VIH/sida.

La première séance a réuni six journalistes de la presse écrite et des médias radiotélévisés et électroniques, notamment de la Canadian Broadcasting Corporation, du *Toronto Star* et de Global News. Les panélistes ont signalé que la couverture du VIH avait changé et évolué au fil des ans, et ils ont spéculé sur les facteurs qui continueraient de susciter l'attention des médias et le vaste appui du public.

Les principales idées incluaient la nécessité de surmonter la fatigue des médias à l'égard du VIH — surtout que la science évolue moins aussi vite qu'auparavant — et la tâche des militants de trouver des moyens originaux de présenter les défis actuels de leur travail. On a convenu qu'une relative complaisance à l'égard du VIH est devenue la norme, dans les médias, et que les enjeux sociaux et de politiques publiques

liés au VIH sont les sujets les plus attirants. Il y avait un large consensus à l'effet que le VIH ne fait plus la manchette comme avant; toutefois, les panélistes étaient d'avis que les organismes pourraient être plus attentifs au cycle des nouvelles et bâtir des relations plus solides avec des journalistes sympathiques. Ils ont exprimé une certaine frustration que le dialogue entourant le VIH ne soit pas aussi approfondi qu'il

devrait l'être. De façon générale, on considérerait que la préparation et des relations proactives avec les médias favoriseraient une couverture plus adéquate et éclairée.

Lors du second atelier, cinq experts en médias sociaux d'organismes comme UNICEF Canada et l'AIDS Committee of Toronto ont discuté du rôle des médias sociaux dans leur travail, en particulier comme outil crucial d'intervention dans un monde de plus en plus branché. Les panélistes ont signalé que les plateformes de médias sociaux sont utilisées par des gens de tous âges et

que les dialogues sur divers sujets — comme le VIH et les droits humains — y sont en constante évolution. En particulier, ils ont noté que des organismes de partout avaient commencé à développer des stratégies de marketing social pour générer un intérêt à l'égard de leur cause ou produit et à se renseigner sur les comportements sociaux en ligne. Devant la hausse exponentielle de la demande en information, le recours aux médias sociaux est devenu encore plus attrayant.

Une question importante abordée par le panel était celle de savoir com-

ment un organisme peut maintenir sa crédibilité dans le monde des médias sociaux. Les experts ont répondu que les organismes devraient produire un contenu exact, être cohérents dans leur usage des médias sociaux et faire preuve de patience à l'égard d'applications en constante évolution. On a conclu que les plateformes de médias sociaux sont pertinentes, nécessaires et là pour rester. Les panélistes ont incité les organismes à utiliser ces tribunes pour élargir et nuancer leur plaidoyer sur des enjeux cruciaux comme l'intersection du VIH et des droits humains.